Sebenta de aulas teóricas do Dr. David Magalhães

Rúben Caldeira 2018/2019

Direito Romano – sebenta de aulas teóricas – Professor David Magalhães

Bibliografia:

a. *O Direito Privado Romano*, volume I e volume II, António Santos;
b. *O Manual de Direito Privado Romano (Petrony),* António Santos Justo;
c. *Direito Romano Casos Práticos Resolvidos,* António Vieira Cura.

Conceito de Direito Romano: conjunto de regras ou normas jurídicas que vigoraram no mundo romano desde 753 a.C. (fundação da cidade de Roma) até 565 d.C. (data da morte de Justiniano, Imperador Romano do Oriente, mandou elaborar o *Corpus Iuris Civilis*);

Etapas da evolução histórica do Direito Romano:

1. **Época arcaica (753 a.C. até 130 a.C.):** domínios morais, religioso e jurídico estão confundidos. Eram os sacerdotes os aplicadores do Direito (inexistência de compartimentação estanque entre domínios). A data de 130 a.C. remete para a *Lex Ebutia Formulis*, uma lei aprovada pelos órgãos competentes da República Romana (novo sistema processual, o Processo de Fórmulas, que substitui o anterior sistema processual: Processo das Ações da Lei (*Legis Actiones*), um processo muito rígido, por oposição ao anterior, que se carateriza pela maior liberdade de realização e aplicação do Direito, ou seja, por uma maior flexibilidade dos magistrados);
2. **Época Clássica (130 a.C. a 230 d.C.):** sistema processual das fórmulas é substituído oficialmente por um novo sistema de processo: Processo da Cognição Extraordinária - *Cognitio Extra Ordinem*;
    a. **130 a.C. até 30 a.C. - época pré-clássica/ época clássica inicial -** carateriza-se pela significativa ascensão (desenvolvimento positivo) da jurisprudência (ciência do Direito);
    b. **30 a.C. a 130 – época clássica central –** o esplendor da jurisprudência romana (apogeu), ou seja, corresponde à fase de perfeição máxima do direito romano; estilização da casuística (separação do que é juridicamente relevante do que não é; perfeição de equilíbrio entre os casos, princípios e regras jurídicas);
    c. **130 a 250 d.C. – época clássica tardia –** começam a haver sinais de decadência do Direito Romano; jurisprudência burocratiza-se; juristas tornam-se burocratas, preocupam-se mais com o aparelho de Estado e dedicam-se mais ao direito público (administrativo, processual civil, etc.) do que com o direito pleno;
3. **Época pós-Clássica (230 a 530 d.C.) –** duas fases:
    a. 230 a 395 - Decadência acentuada do DR com uma confusão de terminologia, de conceitos e de figuras jurídicas; a ciência do direito é mais básica e simplista;
    b. 395 a 530 - Divisão do Império Romano em Império Romano do Ocidente (fenómeno de vulgarização do direito, muito simplificado sem atenção às suas categorias lógicas; confusão de conceitos; preocupação exclusiva com a vertente prática e sem atenção à elaboração científica) e

Império Romano do Oriente (reação anti vulgarista; reação contra a decadência; classicismo, ou seja, regresso à perfeição e rigor do DR Clássico, e helenização marcada pela influência dos ideais e princípios filosóficos gregos);

4. **Época Justinianeia (530 a 565) -** época de Justiniano encarregou o jurista Triboniano (funcionário imperial) de elaborar o Digesto. Continua o classicismo e a helenização, mas o maior destaque foi para a elaboração do *Corpus Iuris Civilis* (grande compilação do Direito Romano);

Iuris Praecepta: Ulpianus destacou três grandes princípios jurídicos fundamentais do Direito Romano:

1. ***Honeste Vivere* (viver honestamente)** – devemos de agir de acordo com o direito; não apenas de acordo com as leis, mas com a ordem jurídica na sua totalidade; o sentido mais profundo do direito na sua completude;
2. ***Altere Non Laedere* (não prejudicar os outros) –** a nossa atuação não pode por em causa o que é dos outros;
3. ***Suum Cuique Tribuere* (atribuir a cada um o que é seu) –** princípio de justiça distributiva; não é direito uma ordem jurídica onde o que é de alguém ser atribuído ao de outrem);

- Os três princípios fundamentais são essenciais a qualquer ordem jurídica. Não é uma ordem de direito se não obedecer a estes três princípios.

Conceitos fundamentais do DR:

1. **Direito público – *ius publicum* –** direito que regula a organização política (regulação da res pública – assuntos públicos) e o funcionamento dos poderes públicos nas relações internas e internacionais. Regula a soberania política;
2. **Direito privado – *ius privatum* –** regula as relações entre particulares, ou seja, relações em pé de igualdade. O poder público pode ser regulado pelo privado quando não surge investido de poder de autoridade;
3. **Direito civil – *ius civile* –** direito dos *cives* (cidadãos) era um direito formalista e rígido que se encontrava em fontes próprias rigidamente colocados; regula a vida dos cidadãos, sobretudo o *paterfamilias* (que podia atuar juridicamente em Roma);
4. ***Ius praetorium*** – em 367 a.C. foi criada uma magistratura que tinha como função administrar a justiça entre cidadãos romanos: o *Pretor Urbano*. Este último administrava, ordinariamente, a justiça aplicando o direito entre os cidadãos de Roma. Deste modo, inicialmente possuía funções restritas, limitando-se a verificar se a ação do *paterfamilias* estava de acordo com o *ius civile*. Todavia, as suas funções foram crescendo: foram corrigindo os rigores do *ius civile*, adaptando-o aos casos concretos da vida, às situações da vida social, a colmatar lacunas do código civil uma vez que este não previa certas situações, evidenciando a sua "falta de direito". Assim, o Pretor Urbano ganha uma função criadora de direito uma vez que não haviam soluções para determinadas situações. Deste modo, surge o *Ius Praetorium* (criado pelo pretor). Este último, caraterizava-se por ser flexível, pouco formal e visava a resolução dos problemas do dia-a-dia;
5. ***Ius Honorarium* – direito honorário** – direito introduzido pelos magistrados, onde eram vinculados os pretores e outros magistrados que criavam direito, uma vez que tinham o poder de administrar a justiça: os *edis curuis* (magistrados a quem

cabia a administração dos mercados, ou seja, da regulação de compras e vendas, criando direito de regulação comercial) e os governadores das províncias. O *ius honorarium* e o *praetorium* quase se confundiam.

6. ***Ius gentium* – direito das gentes** – baseia-se no contacto com outras gentes:
    a. É o direito que regula relações jurídicas entre povos. Este urge da expansão imperial romana e do contacto com outros povos. Apresenta a seguinte composição: (1) normas do *ius civile* de Roma que revelassem semelhanças com normas do direito dos outros povos (podem ser aplicadas aos cidadãos romanos e aos peregrinos – estrangeiros); (2) normas costumeiras que surgiam nos contactos comerciais entre diferentes povos;
    b. As normas jurídicas tornam-se num núcleo jurídico próprio visto como a razão natural (realidade objetiva) das coisas (*naturalis ratio*);
    c. Este direito, o *ius gentium*, era aplicado por um magistrado criado em 242 a.C. , o pretor peregrino, cuja função era administrar a justiça aplicando o *ius gentium* entre romanos e peregrinos ou então entre os vários peregrinos;
    d. Em 212 dC, o *ius civile* e o *ius gentium* perdem distinção uma vez que o imperador António Caracala declara como cidadãos todos as pessoas de Roma;
7. ***Ius naturale* – direito natural** – com a penetração do cristianismo, sobretudo na época justinianeia, o conceito de *ius naturale* começa a adquirir um conteúdo teológico (relacionado com Deus). Assim, passa a ser um sistema ideal de normas que contêm as exigências abstratas da justiça. Consecutivamente, o direito positivo, vigente, separa-se do direito natural (idílico). **Exemplo**: a escravatura é uma instituição do *ius gentium* mas não do *ius naturale*;

Conceções Jurídicas modernas aplicadas ao Direito Romano:

- Direito Objetivo (1) vs. **Direito subjetivo** (2):

(1) Conjunto de normas jurídicas que regulam a vida humana em sociedade (onde insere-se o *ius civile*, o *ius praetorium* e o *ius gentium*)

(2) Poderes de atuação ou faculdades reconhecidas aos particulares pela ordem jurídica (ex. direito à vida, direito à propriedade, direito à integridade física, etc.). Ninguém pode transferir para outrem mais direito do que devia "*nemo plus iuris* (poder/faculdade)";

- Ius commune (normas gerais) (1) vs. ***Ius singulare*** (normas excecionais) (2):

(1)Conjunto de normas jurídicas que tem um caráter geral, ou seja, um direito aplicável à generalidade das pessoas e das coisas;

(2)Direito aplicável a uma categoria própria de pessoas ou coisas e que afasta o *ius commune* (o direito comum). O *ius singulare* não pode ser aplicado a casos isolados através de analogia, não pode ultrapassar a utilidade específica da norma excecional;

Evolução política de Roma:

1- **Monarquia (de 753 a.C. até 510 a.C.)** – carateriza-se pela existência de 3 órgãos: o **rei** (monarca vitalício); o **senado** (composto por 100 senadores, que eram considerados guardiões dos valores mais importantes de Roma e conferia a *Auctoritas Patrum*); as **assembleias da *populus*** (povo romano, conhecidas como *Comitia Curiata*, ou seja, a representação de cidadãos);
2- **República (de 510 a.C. a 27 a.C.)** – carateriza-se por ser a génese das democracias atuais; apresenta três órgãos constitucionais: **magistraturas** (início do governo moderno; com a função de governar a república romana, possuíam o poder executivo; o exercício da magistratura não era remunerada, sendo, por isso, exercido por honra – *honor*; deste modo, o *ius honorarium* era o direito feito pelos magistrados e os *cursos honorom* a carreira política honorária que continha cinco magistraturas ordinárias – censores, cônsules, pretores, edis curuis e questores – e uma magistratura extraordinária – o ditador **), **senado** (função de analisar as leis organizadas pelos comícios, as *Auctoritas Patrum*) e **assembleia populares** (comícios – possuíam o poder legislativo, nelas estavam os patrícios, ou seja, os membros mais importantes da cidadania romana; nos concílios da plebe tinham assento os plebeus, cidadãos romanos de menor importância social; nos concílios eram feitas as *Auctoritas Patrum*);
3- **Principado (de 27 a.C. a 284) –** instaurado por Octávio César Augusto, que se torna *princeps* (órgão coexistente com outros órgãos políticos; a velha organização não desaparece, apenas acrescenta-se o *princeps* que tem primazia sobre os outros sendo, na prática, um imperador); forma-se um corpo de funcionários imperiais dependentes do *princeps*; o Senado tem um reforço de poderes, tornando-se no centro de poder legislativo que vai, progressivamente, sendo passado para o imperador, pelo que o Senado torna-se numa "caixa-de-ressonância" deste; assiste-se a uma queda das velhas instituições;
4- **Dominado (de 284 a 565)** – Diocleciano é designado imperador pelas suas tropas; concentração do poder nas mãos do imperador, tornando-se este efetivamente, num monarca absolutista; *Dominus et Deus* (Senhor e Deus), ou seja, poder absolutista justificado por força divina;

**

Magistraturas ordinárias:

Censores – administravam os bens públicos e organizavam o recenseamento dos cidadãos para efeitos eleitorais, tributários e militares; tutelavam a moralidade pública, dos bons costumes de Roma;
Cônsules – papel próximo ao rei da monarquia romana; comandavam o exército, convocavam o Senado e Assembleia Populares e, até 367 a.C.,

administravam ordinariamente a justiça, uma vez que, posteriormente, o pretor urbano fica com as funções judiciais;

Pretores – mesmas atribuições dos cônsules mas com um estatuto inferior e que, por isso, dependiam dos cônsules; a competência mais desenvolvida pelos pretores foi a da administração da justiça; o pretor urbano (entre romanos) e o pretor peregrino (entre romanos e peregrinos e entre peregrinos entre si);

Edis Cúruis (edil curil, no singular) – desempenhavam tarefas administrativas relacionadas com a limpeza pública e a organização do trânsito, ou seja, desempenhavam uma função urbanística; algumas competências: abastecimento público de cereais, fiscalização de pesos e de medidas, organização de espetáculos públicos, entre outros; a inspeção dos mercados era, igualmente, função destes magistrados (existência de dois tipos de mercadorias: escravos e animais);

Questores – administração da justiça criminal/ penal, ou seja, da ação punitiva do poder público sobre o indivíduo, que ponha em causa o bem-estar e os interesses da sociedade; a administração do *aerarium publicum* (tesouro público);

Magistraturas extraordinárias:

Ditador – surgia apenas em circunstâncias muito específicas e peculiares; era nomeado por um período de seis meses para fazer frente a situações de calamidade pública/ graves crises; neste período, concentrava em si todos os poderes que exercia com independência, ou seja, tomava as decisões que queria sem o controlo de outros órgãos não podendo ser por isso responsabilizado; era uma figura excecional, apenas para situações extraordinárias (exemplo: Júlio César);

Poderes dos magistrados romanos:

1. ***Potestas* –** poder de representação do povo romano e todos os magistrados o tinha;
2. ***Imperium* –** o poder de soberania que se traduzia na direção do Estado, no comando do exército e administração da justiça; os cônsules, os pretores e, extraordinariamente, o ditador eram detentores deste poder;
3. ***Iurisdictio* –** administração da justiça que, ordinariamente, era exercido pelo *pretor* (administração das causas cíveis, ou seja, entre particulares), pelos *edis curúis* (nas causas da administração das cidades) e pelos *questores* (nas causas criminais, aquando da violação de valores da sociedade romana e não de um individuo em particular);

Os limites aos poderes das magistraturas:

1. **Temporalidade -** em regra, o cargo dos magistrados ordinários era de um ano e 5 anos no caso dos censores de modo a não haver eternizações do cargo;

2. **Colegialidade –** dentro de cada magistratura, o poder era sempre exercido por dois magistrados com direito de veto um sobre o outro impedindo, assim, tentações do poder;
3. **Pluralidade –** o governo de Roma (republicano) estava dividido em várias magistraturas, cada uma com competências próprias; este limite era mais uma forma de impedir a concentração do abuso de poder;
4. ***Provocatio ad populum – procatio* (chamar/ trazer até si)** – a faculdade de qualquer cidadão romano de recorrer às assembleias comiciais para impugnar uma pena imposta por um magistrado;
5. **Responsabilidade –** os magistrados respondiam pelos atos que praticassem contra a ordem jurídica (apesar de terem o poder, este era limitado pelo direito);

Fontes do *Ius Civile* (direito civil)

As fontes do direito podem ser:

1) Fontes *Exsistend:*

- Órgãos que produzem as normas jurídicas no direito romano: povo, comícios, concílios de plebe, senado, jurisconsultos, imperador e alguns magistrados;

2) Fontes *Manifestandi*:

- Modos de formação das normas jurídicas no direito romano: costume (povo), *lex* (lei, através dos comícios), plebiscitos (através dos concílios da plebe), *senatus consultos*, *edictum* (através dos magistrados), constituições imperiais (leis feitas pelo próprio imperador) e *iuris prudentia* (feita pelos jurisconsultos);

3) Fontes *Cognoscendi:*

- São os textos que contenham normas jurídicas (no exemplo do direito português o código civil), no caso do direito romano o *Corpus Iuris Civilis;*

Fontes *Manifestandi*:

- **Costume** – **primeira fase: *<u>Mores Maiorum</u>*** – inicialmente o direito romano era composto pelo chamado *mores maiorum*, uma tradição jurídica de comprovada moralidade que ia sendo revelada numa atividade de *interpretare* pelos colégios sacerdotais e mais tarde por jurisconsultos laicos; tratavam-se de normas jurídico-religiosas (uma vez que se trata da época arcaica); **segunda fase: *<u>consuetudo</u>*** – prática puramente jurídica (normas caraterizadoras de *consuetudo:* prática constante, observada por um longo tempo, observada pela generalidade das pessoas que participavam numa certa relação social, era observada com a consciência da sua obrigatoriedade jurídica como se se tratasse de uma lei), fazem-no com consciência/ convicção; **a evolução da força vinculativa do costume**: primeiro as leis podiam refutar o costume, mas o costume também podia refutar as leis, uma vez que ambos eram fruto do consenso do povo, ou seja, tinham a mesma origem, resultando numa igual força vinculativa); já na época pós-clássica, fruto da concentração política do imperador, o costume deixar de poder prevalecer sobre a lei, podendo apenas vigorar na falta da lei, havendo neste uma função subsidiária, por outras palavras, apenas intervém na falta de algo principal;

-***Usus*** – simples ato de agir sem qualquer obrigatoriedade. Não faz parte do costume (o costume tem obrigatoriedade). Deixa de ser uma fonte de direito;

- ***Lex*** – declaração solene do povo romano que estava reunido nos comícios e que é confirmada pelo Senado; neste verificava-se a existência de dois grandes tipos de *lex:* a *lex rogata* (lei rogada, ou seja pedida; tinha na sua base uma proposta de uma magistrado, um console, dirigida a um Assembleia Comicial a que presidia; após a Assembleia Comicial, aprovada a proposta, esta era referendada pelo Senado de Roma); a *lex dada* (ou seja, lei conseguida, era uma lei dada por um magistrado no uso de faculdades que lhe tinham sido conferidas pelos comícios/ assembleias comiciais e, em regra, regulava matérias administrativas);

Processo formativo de uma *Lex Rogata:*

1ª fase: *promulgatio* (afixação do projeto do magistrado em lugar público para os cidadãos o poderem conhecer);

2ª fase: *conciones* (reuniões em praça pública onde o projeto era discutido);

3ª fase: *rogatio* (pedido do magistrado que fez o projeto para este ser aprovado);

4ª fase: votação (os cidadãos iam votar o projeto, sendo esta votação inicialmente oral e, mais tarde, por voto escrito e secreto);

5ª fase: aprovação pelo Senado (se o projeto fosse aprovado na fase anterior – conferia ao projeto *auctoritas patrum*);

6ª fase: afixação (fase de publicidade da lei e que ocorria através da sua afixação em lugar público em tábuas de madeira ou de bronze);

Estrutura de uma *Lex Rogata* (3 partes):

1ª parte: *praescriptio* (prefácio da lei);

2ª parte: *rogatio (*texto da lei propriamente dito, o seu conteúdo, o que dispunha);

3ª parte: *sanction* (sanção; parte da *lex rogata* onde se determinava em que termos seria assegurada a eficácia daquela lei); no que toca a esta parte podemos distinguir três tipos: a *lex perfecta* (lei perfeita), a *lex minus quam perfecta* e a *lex imperfecta* (lei imperfeita) **;

** *lex perfecta* – declarava nulos ou inválidos os atos praticados contra o disposto da lei, ou seja, a prática de atos contra não eram reconhecidos; *lex minus quam perfecta* – caso praticados atos contra a lei, tais atos não eram nulos e produziriam os seus efeitos, mas determinava-se a aplicação de uma pena a quem os tivesse praticado; *lex imperfecta* – aquela que não estabelecia qualquer sanção e, portanto, nem nulidade nem penas contra os transgressores;

Nota: em 438, através de uma constituição imperial, determinou-se como regra que a *lex* era *perfecta,* ou seja, que eram nulos os atos contrários a esta (não produziam efeitos);

Fontes do *Ius Civile*:

- **Plebiscito (*plebiscitum*)** – deliberação dos plebeus que se reuniam nos concílios da plebe e aprovavam uma proposta de um magistrado, o Tribuno da Plebe;

- Evolução do caráter vinculativo dos plebiscitos: numa primeira fase os plebiscitos não apresentavam qualquer caráter vinculativo. Posteriormente, em 449 a.C. a *Lex Valeira Horatia de Plebiscitis* determinou a vinculação dos plebiscitos entre os próprios plebeus. Em 287 a.C., com a *Lex Hortensia de Plebiscitis,* estabeleceu-se que os plebiscitos também eram obrigatórios para os patrícios, deixando de haver distinção entre as leis dos patrícios e as dos plebeus. Esta evolução normativa revela a tensão social de Roma (plebeus revoltados com o domínio por parte dos patrícios).

- **Senatusconsulto (*Senatusconsultum*) –** deliberação do Senado de Roma; num primeiro momento, o senatusconsulto era meramente consultivo não tendo de ser seguido. Mas, com o principado o poder legislativo romano passa dos comícios para o Senado e, portanto, o senatusconsulto adquire força de lei. Assim, o Senado torna-se numa "caixa-de-ressonância" do *prínceps*, ou seja, uma atividade legislativa meramente formal.

- **Constituição Imperial (*constitutio principis*) –** trata-se da lei que manifesta a vontade jurídica do imperador e que é por ele emitida pelo que o imperador é a única fonte de criação do direito (absolutismo);

- Existem vários tipos/ espécies de constituições imperiais: ***edicta*** (exposição jurídica do imperador ao abrigo do seu *ius edicendi*), ***decreta*** (sentenças do imperador aplicáveis a casos concretos mas que acabavam por se aplicar a casos análogos), ***rescripta*** (respostas do imperador a consultas que lhe eram dirigidas por magistrados ou funcionários particulares) e ***mandata*** (instruções imperiais em matéria administrativa);

- Jurisprudência (*ius prudentia):*

- A jurisprudência é a ciência do direito, é o fruto do trabalho dos jurisconsultos que vão desenvolver o direito através da sua reflexão intelectual e adaptá-lo às circunstâncias da vida;

- Funções dos *iurisprudentes*: ***respondere*** (resolver casos práticos através de pareceres dados a magistrados ou a particulares), ***cavere*** (aconselhar os particulares sobre a realização de negócios jurídicos) e ***agere*** (função de aconselhamento dos particulares em matéria processual);

- Houveram duas escolas jurisprudenciais com maior destaque: a **escola Sabiniana** (fundada por Capito, mas o seu jurisconsulto mais conhecido foi Sabinus; era mais conservadora) e a **escola Proculeiana** (o seu jurista mais importante foi Labeo, mas também Proculus teve grande importância nesta escola; carateriza-se pela maior audácia e inovação);

Fontes *cognoscendi:*

Corpus Iuris Civilis: Compilação de *iuris* e *leges* (leis dos imperadores de Roma); Constituição do *Corpus Iuris Civilis:*

1. ***Institutiones;***
2. ***Digesto* ou *pandectas*;**
3. ***Codex*;**

4. ***Novellae.***

1. ***Institutiones* -** Tratava-se de um manual elementar de direito romano, destinado aos estudantes que começavam o seu estudo; baseavam-se em obras anteriores, muito especialmente as *Instituições de Gaius*, um jurista clássico – uma das poucas obras que chegaram intactas e sobreviveram desde a antiguidade clássica, sendo possível a sua leitura na sua quase totalidade; foram promulgadas como força de lei em 533, por uma constituição de Justiniano; dividem-se em 4 livros, estes, por sua vez, dividem-se em títulos e os títulos em parágrafos; (ex. L.2,14,10);
2. ***Digesto/ pandectas* -** Parte mais importante dos *Corpus Iuris Civilis*; é uma compilação de fragmentos extraídos de obras de jurisconsultos da época clássica; o digesto foi elaborado por uma comissão, nomeada pelo imperador Justiniano e presidida pelo jurista Triboniano (funcionário imperial); quando justiniano ordenou a compilação autorizou expressamente que a comissão fizesse as alterações que considerasse necessárias, estas, por sua vez, ficaram conhecidas como Interpolações (contudo, não há registo de quais foram); o digesto foi publicado e obteve força de lei através de uma constituição de Justiniano datada de 533; a obra está dividida em 50 livros, estes em títulos, os títulos em fragmentos e os fragmentos estão divididos desde a idade media em parágrafos (ex. L-T-F-P -> D.2,14,7,5);
3. ***Codex* -** É uma compilação de constituições imperiais desde Adriano a Justiniano; obteve força de lei através de uma constituição de Justiniano de 534; é composto por 12 livros que se dividem em títulos e estes em leis (ex. C.4,65,3 -> livro 4, titulo 65, lei 3);
4. ***Novellae*** - As novelas (tradução, etimologia deriva de serem novas) é uma compilação de constituições imperiais promulgadas após o *Codex*, embora não tenha sido uma compilação oficial; modo de citação: N.120 (novela 120);

- Além de ter sistematizado e organizado o Direito Romano, o C*orpus Iuris Civilis* teve uma grande importância na transmissão do Direito Romano para as gerações vindouras; os juristas medievais começaram a construir as bases do direito moderno baseando-se no C*orpus Iuris Civile*.

A defesa dos direitos:

- Numa primeira fase vigorou um sistema de autodefesa ou **autotutela de direitos**, portanto uma tutela privada de direitos, ou seja, aquele que sentia o seu direito ofendido tinha de se defender pelos seus próprios meios ("fazer justiça com as próprias mãos"). Neste tipo de sistema quem prevalece é o mais forte e não o justo, conduzindo ao problema da desproporção e da injusta. Assim, dadas as lacunas deste sistema assistiu-se a uma evolução para um sistema de **tutela pública de direito**, em que são órgãos de poder público que resolve os litígios. Assim, quem sente os seus direitos lesados deve dirigir-se aos poderes públicos e pedir tutela. Por conseguinte, o sistema de autotutela e de autodefesa de direitos ficou reservado a situações excecionais.

- Como primeiro instrumento de defesa de direitos temos a *Actio* – a ação – o jurista clássico Celsus apresentou a seguinte definição: a ação não é mais do que o direito de perseguir judicialmente o que é devido a alguém; modernamente, oferece-se a seguinte

definição de ação: instrumento jurídico que permite a uma pessoa obter a tutela de um direito previamente reconhecido (no *ius civile*) pelo ordenamento jurídico ou, então, a tutela de uma situação de facto que o magistrado considerou digna de proteção no seu *Edictum* (*ius praetorium*);

Classificação das ações:

Actio civilis – é uma classificação baseada na fonte da tutela jurídica materializada pela actio; era outorgada pelo ius civile (estava contemplada no costume, na lei, etc., ou seja, nas suas fontes);

Actio honoraria – era concebida pelos magistrados na sua função de administrar a justiça para tutelar situações que o ius civile não contemplava ou contemplava de modo demasiado restrito; dentro da actio honoraria podemos distinguir duas espécies de ações: as actiones praetorea (ações concebidas pelos pretores) e as actiones aediliciae (ações concebidas pelos edis curuis, que tinham o poder de fiscalizar os mercados de roma, concebendo importantes açoes nos contratos de compra e venda, evitando as situações de compradores lesados);

Ação Real *(actio in rem)* – protegia direitos sobre coisas, ou seja, direitos reais – *res* -, conferindo ao seu titular um poder direto e imediato sobre uma coisa; o mais típico direito real é o de propriedade; além de proteger faculdades derivadas de relações familiares e direitos sucessórios (sucessão), a ação real afirma de modo **categórico** e **absoluto** o direito que protege, uma vez que se trada de direitos absolutos (direito que pode ser invocado contra toda e qualquer pessoa) e, por isso, as ações reais podiam ser instauradas/ dirigidas contra toda e qualquer pessoa que lesasse o direito de proteger; **exemplos**: ação de reivindicação – *rei vindicatio* – permitia ao proprietário de uma coisa recuperar essa res que lhe pertence contra qualquer pessoa que o prive dela; ação de petição de herança – *hereditatis petitio* – permitia aos herdeiros reclamar os bens da herança contra qualquer pessoa que os ocupasse;

- Direitos reais podem ser invocados contra qualquer pessoa sendo, por isso, direitos absolutos; as suas faculdades são realizadas sem cooperação de outras pessoas; 3ª a obrigação que os corresponde (a parte contraria ao direito real) é universal (recai sobre todas as pessoas) e de conteúdo negativo (obrigação de abstenção, ou seja, de não fazer, de omissão);

Ação Pessoal (*actio in personam*) – a ação pessoal protegia direitos relativos, isto é, que apenas podem ser invocados contra quem assumiu uma obrigação/dever, pelo que só a pessoa sobre quem cai esse dever pode ser demandado através de uma *actio in personam*;

- Direitos pessoais ou de crédito – só podem ser invocados contra quem assumiu uma obrigação ou um dever e seus herdeiros, sendo por isso, relativos a quem assumiu a obrigação. A sua satisfação depende da cooperação de quem assumiu a obrigação, isto é, o devedor; a um direito de crédito, tanto pode corresponder uma obrigação de caráter positivo (ex. pintar uma parede – uma atuação) como de conteúdo negativo (uma omissão de atuação; exemplo: não usar o prédio para determinada utilidade);

- Esta é uma distinção baseada no direito subjetivo tutelado pela *actio*, sendo, por isso, um poder ou faculdade reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares.

Ação de boa-fé – actio bonae fidei – os contratos de boa-fé produziam obrigações/ deveres cujo conteúdo não está precisamente determinado pelo acordo das partes; este concretiza-se consoante as circunstancias do caso concreto, atendendo ao que é exigível a uma pessoa leal/ correta/ honesta e fiel à palavra que deu, sendo, por isso, um contrato onde as partes tem de se comportar como alguém correto;

- Ações de boa-fé protegiam os contratos de boa-fé; nestas ações o juiz devia concretizar tudo aquilo a que o demandado estava obrigado à luz da boa-fé e, para isso, devia atender às circunstâncias do caso concreto e concluir os valores da lealdade e honestidade; por isso, diz-se que o juiz devia atender mais ao que se quis dizer do que ao foi dito;

Ação de direito estrito – actio stricti iuris – os contratos de direito estrito geravam obrigações cujo conteúdo estava precisamente definido e que tinha de ser rigorosamente observado;

- Ações de direito estrito tutelavam/ protegiam os contratos de direito estrito; nestas ações o juiz devia apenas conhecer a existência ou inexistência de obrigação; o juiz devia ignorar quaisquer outras circunstâncias que rodeassem o surgimento da obrigação, como, por exemplo, o dolo (engano; quando alguém maldosamente celebrou o contrato porque foi enganado), o medo (situação em que alguém celebrou contrato porque foi ameaçada), um pacto de não pedir ou uma eventual compensação de créditos

-Esta distinção corresponde à distinção vigente no direito das obrigações entre contratos de boa-fé e contratos de direito estrito;

Ação direta – actio directa - é a ação pessoal que emerge de um contrato e que serve para tutelar obrigações nascidas desse contrato. É uma ação concedida às pessoas e nas circunstâncias para que foi criada (ação pensada para aquelas situações/ circunstâncias);

Ação útil - actio utilis - era concedida a pessoas ou em circunstâncias diferentes daquelas para que foi pensado/ para que foi criada; por outras palavras, é uma extensão de uma ação previamente criada para outras pessoas ou para outras circunstâncias. No fundo são ações do pretor para tutelar situações que o ius civile não previa**;**

Ação direta – actio directa - A ação direta era uma ação pessoal concedida para tutelar obrigações nascidas de um contrato;

***Actio contraria* – ação contrária –** a ação contrária servia para a outra parte desse contrato exigir a indeminização de danos ou o pagamento de despesas que, eventualmente, surgissem no decurso do contrato; tratava-se eventuais e que não faziam parte da estrutura necessária do contrato; por isso, para exigir o seu cumprimento era concedida a *actio contraria* (importante nos contratos bilaterais imperfeitos);

Sistema Processual Romano

As ações (*actiones*) eram concedidas no âmbito de um sistema processual, ou seja, um sistema das várias ações e as fases pelas quais passava; o processo civil romano conheceu dois sistemas:

Sistema da ordem judicial privada – *ordo iudiciorum privatorum* - este sistema marcou a época arcaica e clássica. Este revela que a administração da justiça não tinha sido assumida como tarefa exclusiva do estado. Este sistema abrangeu dois processos que foram também cronologicamente seguidos: o **processo das ações da lei** (*legis actiones*) e o **processo das fórmulas** (agere per formulas). Ambos decorriam em 2 fases: a primeira era a fase **in iure** (era presidida por um magistrado - processo influenciado pelas magistraturas - o pretor, que ouvia as alegações das partes e, em seguida, concedia ou recusava ao demandante uma *actio*) e a segunda a fase era a **apud iudicem** (era presidida por um juiz – o *iudex* – que era um particular – privado – escolhido pelas partes ou nomeado pelo magistrado; o iudex emitia uma sentença – *sententia* – na qual condenava ou absolvia o demandado conforme se provassem ou não os factos alegados pelo demandante e pelo demandado);

Sistema da cognição extraordinária – *cognitio extra ordinem* – este sistema surge no principado (época) para processos especiais, ou seja, só para alguns processos específicos. Contudo, gradualmente, tornou-se o sistema processual geral suplantando o sistema anterior. Neste processo as fases processuais do sistema anterior desaparecem, pelo que todo o processo é agora presidido e controlado por um magistrado que é funcionário estatal e, portanto, conclui-se que a administração é uma tarefa exclusiva do governo;

Especial referência ao processo das fórmulas: o processo das *Agere per fórmulas* (processo das fórmulas) foi oficialmente introduzido pela *lex aebutia formulis* (130 a.C.). Este era aplicado especialmente nos litígios entre peregrinos e peregrinos e cidadãos romanos. O sistema processual das fórmulas tinha uma solenidade/ formalidade fundamental: a fórmula. Esta era um documento escrito que fixava os termos do litígio e designava o juiz (privado) a quem era ordenado que condenasse ou absolvesse o demandado (contra quem foi dirigida a ação) consoante se provassem os factos alegados pelo demandante (quem dirige) ou não se provassem esses factos. As fórmulas eram escritas pelo magistrado.

Fórmulas:

1. **Partes ordinárias:**

   Intentio - A parte da fórmula onde se apresentava a pretensão do demandante;

   Condemnatio - A parte da fórmula em que o magistrado incumbia o juiz de condenar ou absolver o demandado conforme se provasse ou não o conteúdo da *intentio*;

2. **Parte extraordinária:**

   Exceptio - Eram partes que podiam surgir da fórmula processual a pedido ou do demandante ou do demandado; A exceptio continha factos alegados pelo demandado que não negam a pretensão do demandante, mas se forem provados vão paralisar a ação;

Exemplo:

A -> B

A demanda B exigindo-lhe o pagamento de 1000€; podia defender-se por exceção; neste regime o B não ia negar a veracidade da *intentio*, apenas ia alegar outros factos que, cajo sejam comprovados, iam paralisar a ação do demandante A.

Proteção jurídica extra-processual:

Nem sempre a atividade da administração da justiça a cargo dos magistrados, especialmente do pretor, se traduzia na conceção de uma *actio* no seio do sistema processual. Por vezes, o magistrado intervinha para proteger direitos e posições jurídicas fora do sistema processual, com diversas configurações. Esta justifica-se pela tentativa de facilitar o normal funcionamento do processo ordinário, de impor a paz durante o processo ou até de evitar um litígio.

Existam três meios de tutela extra-processual:

1. ***Restitutio in integrum***; *
2. ***Missiu in Possessionem***; *
3. ***Interdictum***; *

Restitutio In Integrum **- Restituição integral** - (voltar atrás/regressar a situação anterior) era um expediente extra-processual de defesa de direitos através do qual o pretor, por motivos de equidade (justiça num caso concreto), não reconhecia os efeitos de um ato jurídico que era válido e eficaz segundo o *ius civile*; Requisitos:

1. Produção de um prejuízo a uma pessoa em consequência da estrita aplicação do *ius civile* (ou seja, se fosse aplicado no seu inteiro rigor o *ius civile* alguém ia sair prejudicado);
2. Existir uma causa justificativa;
3. Não existência de outros meios jurídicos para reparar a injustiça (por outras palavras, este era o último recurso a ser utilizado pelo pretor);

No seu *edictum* (o programa de atuação dos magistrados), o pretor estabelecia as várias causas que podiam justificar a conceção de uma *restitutio in integrum*. Conforme a causa justificativa, tínhamos as seguintes espécies de *restitutio in integrum*:

Ob errorem – por causa do erro – o erro é um vício da vontade, ou seja, uma circunstância anómala que leva alguém a manifestar uma vontade que normalmente não manifestaria. No caso do erro como vício da vontade, a pessoa que manifesta a vontade apenas o fez porque tinha uma falsa ideia sobre as circunstâncias de facto ou de direito se o declarante soubesse o verdadeiro estado de coisas não teria manifestado aquela vontade ou tinha a manifestado de forma diferente

Exemplo:

A compra relógio de prata dourada a B porque pensa que o relógio é de ouro

Ob metum – por causa da coação ou medo – aqui, a *restitutio in integrum*, era concedida pelo pretor a quem tivesse praticado um ato jurídico sobre coação, isto é, porque foi gravemente ameaçado. Aqui surge-nos a coação como vício da vontade. A coação era um vício da vontade que se traduz na ameaça de um mal grave contra uma pessoa, o seu património ou família, para que manifeste a sua vontade num determinado sentido. Se não fosse essa ameaça, o ameaçado não teria essa vontade. Para que houvesse coação como vício da vontade, a ameaça tinha de ser injusta (ameaça contrária ao direito, não há coação por alguém ameaçar os meios de que juridicamente dispõe), grave (tem de se tratar de uma ameaça que efetivamente impressione) e atual (tem de haver efetivamente ameaça e não uma mera suspeita)

Ob dolum – por causa do dolo – Era concedida a favor de quem tinha praticado um ato jurídico porque a isso tinha sido levado por dolo (má intenção). O dolo é outro vício da vontade que consiste num engano de alguém através de maquinações de artifícios para que manifeste a sua vontade num sentido que se não fosse o engano maldoso não manifestaria;

Exemplo:

O individuo A falsifica os rótulos das garrafas de vinho que vende a B, convencendo-o que é vinho de uma certa colheita e não é.

Ob fraudem creditorum – por causa da fraude contra credores – era concedida a credores que fossem prejudicados por atos do devedor praticados com a intenção de criar ou aumentar a sua insolvência, ou seja, a sua incapacidade de pagar dividas. O pretor concederia ao credor prejudicado um *Restitutio in integrum* que tinha como consequência a não produção de efeitos doa atos lesivos

Missio In Possessionem - era outro expedimento extra-processual, ou seja, fora do sistema de ações concedido pelo pretor para proteção de direitos. Através desta, o pretor autorizava uma pessoa a apoderar-se dos bens de outra pessoa. Era um meio de apreensão de bens de natureza provisória e que permitia satisfazer diversas finalidades. Estas finalidades podiam ser de:

Coação – neste caso, a *Missio In Possessionem* pretendia constranger alguém a adotar uma conduta fazendo ou não fazendo algo como era devido.

Conservação - aqui, a *Missio In Possessionem* era utilizada para proteger as legítimas expectativas de alguém, impedindo o desaparecimento de bens;

Execução patrimonial - A *Missio In Possessionem* também podia ser utilizada com a finalidade de apreender o património de uma pessoa para que através desse património fossem satisfeitas as obrigações que essa pessoa tinha

Interdictum – era outro meio de defesa de direitos onde posições jurídicas, concedido pelo pretor, fora do sistema de ações. Tratava-se de uma ordem sumária dada pelo magistrado para que se fizesse ou não se fizesse algo. Com a concessão de um *Interdictum* o pretor tinha o objetivo de resolver rapidamente o litígio, impedindo a perturbação da paz pública e, ao mesmo tempo, protegendo direitos dos particulares. Isto não prejudicava que no processo ordinário a questão continuasse a ser discutida, mas havia, desde logo, uma resposta jurídica rápida aos problemas suscitados. Podem ser:

Proibitórios - Através deste, o magistrado proibia alguém de fazer determinada coisa; *

Restitutórios – Aqui o pretor ordenava que se restituísse (devolver) a alguém uma coisa, ou que uma coisa que foi alterada voltasse ao estado inicial;

Exibitórios – Através desta figura o pretor ordenava que fosse exibido ou apresentado uma pessoa ou um documento;

- A área em que o *Interdictum* teve mais importância foi a da **defesa da posse (situação fáctica)**. Esta última é uma situação de facto na qual alguém se comportava como sendo proprietário de uma coisa.

- Quanto à **defesa de posse**, podemos falar de duas espécies de *Interdicta*:

a. ***Interdicta Retinendae Possessionis* –** através deles o pretor ordenava a sessação de uma perturbação da posse e, portanto, a sua finalidade era a defesa da conservação da posse;
b. ***Interdicta Recuperandae Possessionis* –** visava recuperar a posse que fora retirada ao possuidor. O pretor ordenava ao autor do esgulho que restituísse a rés ao possuidor;

O direito das obrigações

- O que é uma *obligatio* (substantivo de *obligare* – "*ob*" em torno; "*ligare*" ligar – noção de ficar vinculado, obrigado). Uma *obligatio* é o vínculo jurídico através do qual uma pessoa denominada devedora fica adstrita (vinculado/forçado) para com outra pessoa, denominado credor, a realizar um determinado comportamento, a designada prestação. (≠ de direitos reais, uma vez que no campo das obrigações existem relações interpessoais)

- Em que podia consistir a prestação (comportamento a que o devedor ficava adstrito)? Isto conduz-nos ao estudo do objeto (conteúdo da prestação). Nas fontes romanas surgiram três possíveis objetos:

Dare **(dar) -** consistia na constituição ou transferência de um direito real, isto é, um direito direto e imediato, sobre uma rés como, por exemplo, o direito de propriedade**;**

Facere **(fazer) -** consistia na realização de qualquer comportamento diferente de Dare, podendo ser um Non Facere, isto é, uma abstenção (omissão);

***Prestare* (prestar) -** as fontes romanas referem-se frequentemente a obrigações de *Prestare* como um conteúdo muito vasto que se podia identificar como *Dare* e como *Facere*, mas designando, especialmente, o assumir de uma garantia**;**

- Requisitos de validade do objeto ou conteúdo da obrigação (os requisitos que esse objeto tinha de respeitar para que a obrigação produzisse efeitos):

Possibilidade (física e jurídica) - Só era válido e produzia efeitos o vínculo obrigacional que tivesse um conteúdo fisicamente possível. Não produziria efeitos a obrigação de colocar o Mar Mediterrâneo dentro de um cálice, ou seja, algo fisicamente impossível, pelo que a obrigação era inválida. Da mesma forma não era válida, a obrigação juridicamente impossível, isto é, que não fosse possível à luz do sistema jurídico romano e dos seus conceitos, por exemplo, não era juridicamente possível e, por isso inválida, a obrigação de alguém transferir, a favor de alguma pessoa, a propriedade de uma coisa de que o credor já era proprietário. Deste modo, o credor não podia exigir ao devedor a realização da prestação;

Licitude (direito e moral) - O objeto ou conteúdo das obrigações para ser válido não podia ser ilícito, isto é, contrariado, o direito ou a moral. Assim, por exemplo, não era válido o vínculo obrigacional pelo qual o devedor se vinculava a matar uma pessoa, pois tal contrariava os preceitos que proibiam o homicídio. Da mesma maneira, também era ilícita a obrigação de conteúdo imoral, isto é, que atentasse contra os bons costumes romanos, por exemplo, não produzia efeitos a obrigação de alguém se prostituir, pois a prostituição era frontalmente condenada pela moralidade;

Determinabilidade - Só era válido o objeto da obrigação quando fosse possível saber, com exatidão, qual era o comportamento a que estava vinculado o devedor ou, pelo menos, era necessário que fossem conhecidos os critérios que permitissem concretizar esse comportamento. Assim, não era válida por indeterminabilidade a obrigação de, sem outra indicação, entregar vinho;

Patrimonialidade - A prestação tinha de proporcionar ao credor um benefício económico (artigo 398º, n.2, CC);

- Fontes das obrigações - são os factos que criam um vínculo jurídico obrigacional, entre duas ou mais pessoas. Na época clássica não havia uma sistematização completa das fontes das obrigações. Em todo o caso, o jurisconsulto clássico Gaios dividiu as fontes das obrigações entre contratos e delitos. Os **contratos** eram acordos de vontades de duas ou mais pessoas, protegidos pelo *Ius Civile*. Os **delitos**, por sua vez, eram atos ilícitos dos quais resultavam para o autor a obrigação de pagar à vítima uma quantia pecuniária a título de pena. Esta divisão das fontes das obrigações era manifestamente incompleta e, por isso, nas instituições de Justiniano surgem as seguintes fontes das obrigações: contratos, quase contratos **(i)**, delitos e quase delitos **(ii)**:

- Quase-contratos – eram atos lícitos mas, que por serem unilaterais, não eram contratos;

- **Quase delitos –** eram atos ilícitos sancionados, não pelo *Ius Civile*, como os delitos, mas sim pelo *ius praetorium* e que também originavam para os seus atores a obrigação de pagar à vítima uma pena pecuniária.

Nota: As fontes mais importantes são os contratos.

O estudo dos contratos em Roma

O contrato – depois de uma lenta evolução, poder-se-á definir o contrato como um acordo de vontades que, obedecendo a esquemas fixados pelos *Ius Civile*, constitui ou origina uma relação jurídica obrigacional entre essas pessoas.

Exemplo:

A -> B

Acordam que A paga a B 1000"€"; B entrega a A um cavalo; ambos ficam obrigados a determinada ação.

Elementos do contrato – qualquer contrato apresenta dois elementos: a **causa** e a **conventio/consensus.**

Causa – a causa do contrato é a finalidade que o *Ius Civile* reconhece ao contrato como fim económico e socialmente digno de proteção. Por outras palavras, é a finalidade que as partes visam atingir com o contrato e que o direito protege.

Conventio /Consensus – é o acordo das partes cujas vontades convergem para o mesmo fim, ou seja, convergem para se alcançar a causa do contrato.

Classificação dos contratos:

Classificação romana – o direito romano distinguia quatro tipos de contratos: reais, consensuais, verbais e literais.

Reais – os contratos reais são aqueles que não estão concluídos e, portanto, não estão perfeitos sem que, ao acordo de vontades das partes, acresça a prática de um ato material sobre a rés (sobre a coisa) a que o contrato diz respeito. Esse ato material podia ser uma *Datio* (a transferência da propriedade de uma rés) ou uma *Traditio* (era a transferência da posse de uma rés ou até a transferência da mera detenção). No direito romano identificavam-se os seguintes contratos reais: mútuo, fidúcia, penhor, depósito ou comodato;

Consensuais – os contratos consensuais eram aqueles cuja perfeição dependia apenas do acordo de vontades das partes e, nomeadamente, para produzirem os seus efeitos não necessitavam da prática de qualquer ato material relativo às coisas que dissessem respeito. Portanto, o acordo de vontades era suficiente para a sua perfeição. Acresce que esse acordo de vontades podia ser manifestado de qualquer forma. No direito romano identificavam-se quatro contratos consensuais: compra e venda, locação, sociedade e mandato.

Verbais – eram contratos que tinham de ser celebrados oralmente, seguindo fórmulas pré-estabelecidas pelo *Ius Civile*. A *Stipolatio* que era um contrato de direito estrito.

Literais – tratavam-se de contratos que tinham de ser celebrados através de documento escrito, ou seja, o acordo de vontades das partes devia se manifestar através de um documento escrito.

Outras classificações dos contratos: esta classificação atende às obrigações geradas.

Contratos unilaterais - São unilaterais os contratos que geram obrigações só para uma das partes (um mútuo ou a Stipulatio)**;**

Contratos bilaterais ou sinalagmáticos - São bilaterais ou sinalagmáticos (etimologicamente significa "acordo recíproco") os contratos em que um dos contraentes se obriga perante a outra parte (outro contraente) a realizar uma prestação, sendo a obrigação de uma das partes a razão de ser da obrigação da outra parte; dada esta relação de reciprocidade, entre as obrigações das partes, nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, aplica-se a regra de que quem não cumprir ou pelo menos não ofereceu a prestação a que estava obrigado, não pode exigir à outra parte que satisfaça aquilo a que se obrigou. É a chamada "Exceptio non Admpleti Contractus" (exceção de não incumprimento dos contratos);

Contratos bilaterais imperfeitos - Estes contratos são aqueles que inicialmente geram obrigações para apenas uma das partes, contudo, no decorrer da execução do contrato, podem surgir obrigações para a outra parte. (**exemplos**: o comodato, o depósito e o mandato, contratos nos quais podem eventualmente surgir para uma das partes no decurso do contrato obrigações de indemnizar danos e reembolsar despesas. Para exigir o cumprimento dessas obrigações eventuais era concedida uma ação contrária)**;**

Contratos gratuitos - nestes contratos **só uma das partes, ao realizar a prestação, sofre uma perda patrimonial a favor da outra parte** (exemplos: comodado, depósito, mandato);

Contratos onerosos - são aqueles em que se verificam **perdas patrimoniais para ambas as partes**. Isto significa que, ao realizar a prestação a que está vinculado, cada contraente (cada parte do contrato) serve uma perda patrimonial a favor da outra parte (exemplos: compra e venda, a locação);*****

Contratos de boa-fé - Eram de boa-fé os contratos tutelados por ações de boa-fé;

Contratos de direito estrito – os contratos tutelados por ações de direito estrito**;**

Contratos do ius civile - Eram contratos do ius civile aqueles que só podiam ser celebrados por cidadãos romanos como, por exemplo, a stipulatio;

Contratos do Ius Gentiu - Eram contratos do ius gentium aqueles que podiam ser celebrados por cidadãos romanos e peregrinos e por peregrinos entre si (exemplo: a compra e venda e locação);

Contratos reais

Mútuo

- **Noção -** era um contrato através do qual o mutuante dava (*datio*) ao mutuário, uma certa quantia de dinheiro ou de outras *Res* fungíveis (artigo 207 do CC). Por Exemplo: dinheiro, arroz, trigo, leite, cevada. As coisas fungíveis não têm uma individualidade própria e podem ser substituídas por outras do mesmo género, qualidade e quantidade. O mutuário obriga-se a restituir ao mutuante outro tanto do mesmo género e qualidade.

- **Elemento essenciais de constituição do contrato mútuo**: *Datio rei* e *conventio.*

Como contrato real o mútuo tinha dois elementos constitutivos, a datio rei e a conventio. Datio rei era a transferência da propriedade de *Res* fungíveis a favor do mutuário. Conventio era o acordo das partes através do qual, o mutuário se obrigava a restituir ao mutuante outro tanto do mesmo género e qualidade.

O mútuo era um contrato **unilateral** porque só gerava obrigações para uma das partes, o mutuário. A relação obrigacional gerada pelo contrato de mútuo não era tutelada por actiones específicas. Assim, no **mútuo de dinheiro** para exigir o cumprimento da obrigação de restituição o mutuante dispunha da ***actio certae creditae pecuniae***. Se o mútuo fosse de outras **coisas fungíveis diferentes de dinheiro**, o meio processual há disposição do mutuante para exigir a restituição era a ***condictio certae rei*** e na época justinianeia a condictio triticaria.

- O mútuo era um contrato **gratuito** e o mutuário não tinha de restituir mais do que aquilo que tinha recebido e não gerava juros.

- Se as partes quisessem estabelecer uma obrigação de pagamento de juros a cargo do mutuário teriam de o fazer através de outro contrato, esse contrato era uma stipulatio dita usurarum. Para exigir o pagamento dos juros era utilizada também uma actio autónoma que não derivava do contrato de mútuo.

- Todavia, em quatro situações excecionais, o próprio contrato de mútuo podia gerar a obrigação de pagamento de juros a cargo do mutuário são, portanto, situações excecionais de mútuo oneroso. O mútuo de mercadorias, o mútuo concedido por uma cidade, o mútuo concedido por bancos, e o chamado *foenus nauticus* era um empréstimo monetário realizado a favor de amadores ou comerciantes que empreendiam travessias marítimas no mediterrâneo e que envolviam graves riscos de naufrágio. Ainda quanto à obrigação de juros houve sempre uma preocupação do direito romano em limitá-los, nos finais da república os juros estavam limitados a 12 % e na época justinianeia soube inspiração do cristianismo, essa limitação passou a ser de 6 %. O direito romano proibia o chamado anatocismo, ou seja, o acordo segundo o qual os juros não pagos vencem juros, o direito justinianeu foi mais longe e proibiu o anatocismo em relação aos juros já vencidos.

Fidúcia

- Noção - era um contrato real bilateral imperfeito e de boa-fé. Através do qual uma pessoa, o chamado fiduciante, transferia para outra pessoa, o chamado fiduciário, a propriedade de uma Res obrigando-se o fiduciário a restituir a Res quando fosse atingida a finalidade estabelecida pelas partes, a fidúcia, era estalecida através de um acordo não formal que acompanhava o contrato (*pactum fiduciae*). Para a transferência de propriedade era necessária a prática de determinados atos formais e abstratos, a *mancipatio* e a *in iure cessio*. Era um contrato real porque não estava concluído sem a transferência da propriedade da Res a favor do fiduciário e era também um contrato bilateral imperfeito, porque de início gerava apenas obrigações para o fiduciário. A obrigação de restituir a Res quando fosse atingida a finalidade pretendida. Durante a vigência do contrato poderiam eventualmente surgir obrigações para o fiduciante, ressarcir ou reembolsar o fiduciário por despesas que tenha tido com a conservação da Res, segunda, indemnizar o fiduciário por danos que a Res lhe tenha causado. Quanto a finalidade do pactum fiduciae podiam distinguir duas modalidades de fidúcia, a fiducia cum creditore e fiducia cum amico.

- ***Fiducia cum creditore***- o fiduciante transferia para o fiduciário a propriedade da *res*, para garantir uma obrigação própria ou alheia. O fiduciário obrigava-se a restituir a Res quando a divida garantida estivesse satisfeita;

- ***Fiducia cum amico*** - aqui o fiduciante transferia a propriedade da *res* a favor de uma pessoa por ele considerada leal, para o prosseguimento de diversas finalidades. Uma das finalidades a atingir podia ser a guarda da Res, outra finalidade poderia ser o uso gratuito da Res. O fiduciário tinha a obrigação de restituição da Res, no final do prazo acordado ou quando o fiduciante a pedisse.

- Meios de tutela que as partes tinham enquanto fiduciante e fiduciário

O fiduciante era protegido pela actio fiduciae se o fiduciário não lhe restituísse a Res. Para tutela do fiduciário era-lhe concedida a actio fiduciae contrária através da qual podia exigir ao fiduciante o reembolso de despesas que tivesse feito com a conservação da Res ou a indeminização de danos que a Res lhe tenha causado.

Depósito

- Noção – o depósito é um contrato real bilateral imperfeito e de boa-fé em que uma pessoa o depositante entrega a outra pessoa o depositário uma Res móvel, no direito romano não existiam depósitos imóveis como existem hoje em dia, para que a guarde e a restitua no final do prazo determinado ou quando o depositante a pedir. Um elemento fundamental do depósito era a sua gratuitidade pois o depositário, não era remunerado pela guarda da Res se houvesse renumeração não haveria depósito, mas outra figura nomeadamente um contrato de locação.

- O depósito era um contra bilateral imperfeito pois de início apenas gerava obrigações para uma das partes, o depositário. Obrigações para o depositário: guardar a Res sem a usar, pois a finalidade do depósito é apenas de custódia (guarda de uma coisa), sendo o depositário um mero detentor. Se o depositário usasse a Res estava a cometer um delito, o chamado *Furtum Usus* (furto de uso) e estava sujeito às respetivas penas. Segunda obrigação, restituir a Res no final do prazo acordado ou quando o depositante lho pedisse. Esta

restituição devia abranger todos os frutos (o que Res queria) e acessões (é quando uma coisa se incorpora em outra) da Res depositável. Se o depositário não restituísse a Res, cometia furto. No decorrer do contrato, podiam eventualmente surgir as seguintes obrigações para o depositante: primeira, ressarcir ou reembolsar o depositário pelas despesas que tenha tido, com a conservação da coisa, segunda, indemnizar o depositário pelos prejuízos que a Res lhe causasse.

- Tutela das Partes: o depositante para tutela dos seus direitos dispunha da *actio depositi*, já o depositário para exigir o reembolso de despesas ou a indeminização de danos dispunha do Ius Retentionis (direito de retenção artigo 754 CC) que lhe permitia não restituir a Res até que o depositante reembolsasse as despesas ou indemnizasse os danos.

- Figuras especiais de depósito:

Depósito necessário ou miserável- surgia em situações nas quais o depositante não podia escolher o depositário, devido a uma grande urgência, por exemplo incêndio, naufrágio, guerra, revoltas.

Sequestro- trata-se do depósito de uma Res que é objeto de um litígio o depositário que se designa, sequester, obrigava-se a restituir a Res a quem vencesse o litigio ou viesse a encontrar-se em determinadas condições. Ao contrário do normal depositário o sequester tinha à sua disposição os meios de defesa da posse, apesar de não ser possuidor.

Depósito Irregular- o depósito irregular tem como objeto ao contrário do normal depósito, coisas fungíveis, isto é, coisas perfeitamente substituíveis por outras do mesmo género qualidade e quantidade. O depositário tornava-se proprietário das Res, ou seja, o depositante transferia para o depositário a propriedade das coisas fungíveis, e por isso, a obrigação de restituição a cargo do depositário tinha como objeto não as mesmas Res fungíveis, que recebeu, outro tanto do mesmo género e qualidade. Durante muito tempo a Iurisprudentia entendeu que estas situações eram contratos de mútuo. Simplesmente talvez por influência dos direitos orientais já no fim da época clássica, começou a admitir-se o depósito de coisas fungíveis, que tinham um regime muito mais vantajoso do que o mútuo, é que o mútuo era tutelado por ações de direito estrito e o depósito era tutelado por ações de boa fé, que eram muito mais flexíveis. Além disso o mútuo não podia gerar juro porque era um contrato de direito estrito, e o depósito gerava diretamente juros porque era um contrato de boa fé.

Comodato

- **Noção** - era um contrato real, bilateral, imperfeito e de boa fé, em que uma pessoa o comodante entregava uma coisa gratuitamente a outra pessoa, o comodatário, uma Res para que ela a usasse gratuitamente durante certo tempo e do modo acordado. O comodatário tinha a mera detenção da Res ficando a propriedade e a posse, com o comodante. Era característica essencial do comodato a sua gratuitidade, pois, o uso da coisa proporcionava ao comodatário não era remunerada, se houvesse remuneração não se tratava de um comodato, mas de um tratado de locação de coisa. Como se tratava de um empréstimo de uso, em regra o comodato, apenas tinha como objeto **coisas não consumíveis**.

Admitiam-se, contudo, duas exceções em que o objeto do comodato eram coisas consumíveis: primeira exceção, **a entrega de uma Res consumível**, para que o comodatário a exibisse a terceiros, com intenção de ostentação (Ad Pompam Vel Ostentationem). Segunda exceção, a **Res é entregue ao comodatário apenas como objeto de estudo**, por exemplo moedas. Como o comodato era um contrato bilateral imperfeito de início apenas gerava obrigações para uma das partes, o comodatário.

- Obrigações do Comodatário - usar a Res do modo acordado com o comodante, se o comodatário usasse a Res, para fins diferentes dos acordados, cometia o delito de Furtum Usus e estava sujeito às respetivas penas. Segunda obrigação não deteriorar a Res. Terceira obrigação, restituir a Res no final do prazo acordado, nas mesmas condições em que foi recebida. Eventualmente no decurso do contrato podiam surgir duas obrigações, para o comodante. Primeira reembolsar as despesas que o comodatário tenha feito com a conservação da coisa, segunda, indemnizar danos que a Res tenha provocado ao comodatário. O depositante era tutelado para defesa dos seus direitos através da actio commodati, já o comodatário tinha à sua disposição para exigir um reembolso das despesas, ou indeminização dos danos a actio commodati contrária e podia ainda exercer o direito de retenção (ius Retentionis) não restituindo a coisa até ao ressarcimento das despesas ou à indeminização dos danos.

Penhor (Pignus)

- **Noção –** o penhor é um contrato real, bilateral imperfeito e de boa-fé, no qual uma pessoa entrega a outra uma *res* para garantir o cumprimento de uma obrigação própria ou alheia. A pessoa que recebe a *res*, denominado credor pignoratício**,** torna-se seu possuidor em nome da outra parte. E por isso é um mero detentor embora a título de excecional, pudesse usar os meios de defesa da posse. O credor pignoratício tinha a obrigação de restituir a Res quando a obrigação garantida se extinguisse nomeadamente quando fosse cumprida.

Contrato consensuais – consensos – podem ser:

Compra e venda – emptio venditio

-**Noção**: a compra e venda era um contrato consensual, bilateral ou sinalagmático (obrigação para ambas as partes) e de boa-fé, através do qual uma pessoa, o vendedor (venditor), se obrigava a transferir para outra pessoa, o comprador (emptor), a posse de uma rés assegurando-lhe o seu gozo pacífico. Em contrapartida, o comprador obrigava-se a dar ao vendedor (datio – transferência da propriedade) uma determinada quantia em dinheiro denominada, o preço. No DR, o contrato não transferia direitos reais, nomeadamente, o direito de propriedade, e só produzia obrigações. Logo, por mero efeito do contrato de compra e venda, o comprador não se tornava proprietário da rés vendida.

- Os **elementos essenciais** do contrato de compra e venda:

- Conventio – acordo das partes – acordo de vontades dos contraentes através do qual, o vendedor se obriga a transferir a posse livre e pacífica de uma rés para o comprador e o comprador se obriga a dar o preço;

- Res – coisa – a coisa cuja posse livre e pacifica, o vendedor se obrigava a transferir podia ser C**orpórea ou não Corpórea**. As coisas Corpóreas são aqueles que podem ser tocadas e apreendidas pelos sentidos, já as coisas incorpóreas/ não corpóreas não podem ser tocadas pois não são apreensíveis pelos sentidos. Aqui se incluem os direitos como o usufruto, as servidões e a herança. Podia também ser uma **coisa presente ou futura**. As coisas presentes são as que existem no momento, já as coisas futuras ainda não existiam quando a compra e venda era celebrada, mas esperava-se que viessem a existir, por exemplo, os frutos de um pomar que ainda não nasceram, ou o filho de uma escrava que está gravida.

- Preço – o preço era a quantia monetária que o comprador se obrigava a dar ao vendedor. As fontes referem-se a Numerata Pecunia, ou seja, devia ser uma quantia numérica de dinheiro. O preço devia ser determinado ou determinável e, no direito justinianeu, devia ser um preço justo. O imperador Justiniano determinou que se um imóvel fosse vendido por um preço inferior ao seu preço justo, o vendedor tinha o direito de pedir a rescisão da compra e venda a menos que o comprador se despusesse a pagar o valor restante, esta figura ficou conhecida como a Lesão Enorme, Laesio Enormis, ou a Lesio Ultra Dimidum (lesão que ultrapasse metade).

Nota: Como o contrato de compra e venda não transferia a propriedade da rés, era válida a compra e venda de coisa alheia.

- O contrato de compra e venda era fonte das seguintes **obrigações do vendedor**:

- Transferir para o comprador a posse livre e pacífica da rés - o objetivo final do contrato de compra e venda era que o comprador se tornasse proprietário da rés e, portanto, a posse livre e pacífica devia permitir-lhe adquirir a propriedade por *Usocapio* (o usocapião). A *Usocapio* é uma forma de adquirir o direito de propriedade através do exercício da posse durante certo tempo. Esta era de um ano para coisas móveis e dois anos para coisas imóveis. O comprador podia até exigir ao vendedor a transferência da propriedade da rés através dos negócios jurídicos solenes e formais destinados a transferir a propriedade no DR (nomeadamente a *Mancipatio* e a *In Iure Cessa*);

- Responder por Evicção – o vendedor tinha, portanto, a obrigação de proporcionar ao comprador a posse livre e pacífica da *res*, ou seja, durante o período necessário a que o comprador adquirisse a sua propriedade por *Usocapio*. Todavia, antes de decorrido o prazo de *usocapio*, podia acontecer que um terceiro conseguisse opor ao comprador uma sentença judicial que impedia essa posse livre e pacífica, nomeadamente, reconhecendo ao terceiro um direito de propriedade, servidão, usufruto ou penhor sobre a *res* vendida. Ora, se o vendedor tivesse sido chamado ao processo pelo comprador e não conseguisse evitar essa sentença desfavorável o vendedor respondia pela evicção, isto é, pela privação da *res*.

- Cuidar da *res* até à sua entrega;

- Responder por vícios ocultos e não declarados da *res* (defeitos ocultos): a responsabilidade do vendedor por defeitos ocultos e não declarados da *res* foi particularmente desenvolvida pelos *edis curúis*

(magistrados responsáveis pela fiscalização dos mercados). Assim, quanto à venda de escravos e animais, os *edis curúis* impuseram aos vendedores a obrigação de **declararem todos os defeitos ocultos de que essas rés padecessem**. Através do seu *edicto* os *edis curúis* também impunham aos vendedores de escravos e animais que assumissem por *stipulatio* (contrato verbal) a responsabilidade pela existência desse tipo de vícios. Se o vendedor não declarasse ao comprador os vícios ocultos dos escravos ou animais mas esses vícios acabassem por surgir, o *edil curui* concederia ao comprador, contra o vendedor, uma de duas ações à sua escolha: a ***Actio Redhibitoria*** (esta *actio* produzia a resolução do contrato, isto é, a sua extinção; o vendedor era condenado a pagar ao comprador o dobro do preço da *res* ou, então, se preferisse, o preço acrescido de juros; claro que nesta hipótese da *actio Redhibitoria*, o comprador também ficava obrigado a restituir a rés; os prazos de instauração desta ação: se o vendedor tivesse assumido por *stipulatio* a responsabilidade pelos vícios ocultos, o comprador dispunha de seis meses para instaurar a ação, contados a partir da celebração do contrato, já se o vendedor não tivesse assumido por *stipulatio* a responsabilidade por vícios ocultos da coisa, a ação devia ser instaurada no prazo de dois meses a contar da manifestação do vício) ou a ***Actio Quantiminoris*** ou ***Aestimatoria*** (através desta *actio* ia ser reduzido o preço para que este ficasse de acordo com o valor real da *res*; prazos de instauração desta *actio*: se o vendedor assumisse por *stipulatio* a responsabilidade pelos vícios ocultos da coisa, o comprador podia instaurar esta ação no prazo de um ano a contar da celebração da compra e venda. Se, pelo contrário, o vendedor não tivesse assumido a responsabilidade por vícios ocultos por *stipulatio*, o comprador tinha de instaurar a *actio quantiminoris* no prazo de seis meses a contar da manifestação do vício);

- Obrigações do comprador:

- Pagar o preço (*pretium*) transmitindo a propriedade da *pecunia* (numerário pecuniário) aprovada, se não o fizesse ao receber a rés, estava obrigado a pagar juros;

- Obrigação de receber a *res* a pedido do vendedor e se recusasse teria de indemnizar o vendedor pelos danos causados com o atraso;

- Obrigação de reembolsar o vendedor pelos gastos feitos com a conservação da *res*;

- Responder pelo risco, ou seja, tal significa se a *res* fosse destruída ou deteriorada por um evento fortuito ou de força maior (são circunstâncias inevitáveis que se impõem à vontade humana, por exemplo uma tempestade, um sismo, guerra), o comprador continuava obrigado ao pagamento do *pretium*, mesmo que a *res* ainda não lhe tivesse sido entregue. *Periculum est emptoris* (o risco é do comprador).

Exemplo: na venda de coisas que dependem de contagem, medição ou pesagem, o risco de perda ou deterioração furtuitas só onerava (obrigava) o

comprador, a partir do momento em que as coisas fossem contadas, medidas ou pesadas;

- **Relação de interdependência entre as obrigações do vendedor (transferir a posse da *res* de forma livre e pacífica) e a do comprador de pagar o *pretium:*** como sabemos a compra e venda era um contrato bilateral ou sinalagmático pois, logo de início gera para ambas as partes obrigações, sendo a obrigação de uma, a causa da obrigação da outra. Assim sendo, uma parte não é obrigada a realizar a sua prestação enquanto a outra não realizar a sua ou pelo menos não a oferecer. Na compra e venda essas **obrigações recíprocas** eram a obrigação de o vendedor transferir a posse livre e pacifica da coisa e a obrigação de o comprador pagar o preço. Enquanto o vendedor não transferisse a posse, o comprador podia recusar o pagamento do *pretium* e vice-versa (*exceptio non adimpleti contractus* – exceção de não cumprimento dos contratos);

- Tutela das partes – para a defesa dos seus direitos no seguimento da realização do contrato de compra e venda, o vendedor (*venditor)* dispunha da *actio venditi*. Se pelo contrário, fosse o comprador (*emptor)* que necessitasse de tutelar os seus direitos, este dispunha da *actio empti.*

Locação – *locatio conductio*

- O contrato de locação subdivide-se em: locação de coisa, locação de trabalho e locação de obra;

- Locação de coisa

- Contrato consensual, bilateral ou sinalagmático e de boa-fé em que uma pessoa, o locador, se obrigava a proporcionar a outra pessoa, o locatário (*conductor*), o uso de uma coisa, mediante o pagamento de uma retribuição no prazo e condições acordadas.

- **Elementos Constitutivos**:

- ***Consensus*** - era o acordo das partes que bastava para criar a relação locaticia, uma vez que este era um contrato consensual;

- **Objeto** - devia consistir numa *res*, não consumível que o locatário devia usar, durante certo tempo e do modo acordado;

- ***Merces*** - era a contraprestação devida pelo uso da *res* e que em regra consistia numa quantia determinada de dinheiro, embora na locação de prédios agrícolas pudesse consistir numa parte dos frutos produzidos;

- **Tempo** - o uso da *res* devia ocorrer durante o prazo estabelecido pelas partes, após o qual o locatário a devia restituir ao locador. Portanto, o uso da coisa era temporário.

- **Obrigações do locador:**

- Proporcionar ao locatário, o uso da *res* no tempo e condições acordadas:

- Fazer na *res* as reparações necessárias, para evitar a sua perda ou deterioração;

- Ressarcir (indemnizar) o locatário dos gastos feitos com reparações necessárias à conservação da *res*;

- **Obrigações do locatário**:

- Pagar a *merces* (contraprestação);

- Conservar a rés como ela lhe foi entregue e dela não fazer um uso reprovável;

- Indemnizar o locador por todos os danos que tivesse causado à rés;

- Restituir a rés no final do prazo acordado;

- **Risco pelo perecimento ou deterioração da rés devido a situações furtuitas ou de força maior:** Se a coisa locada perecesse/ ficasse destruída nessas circunstâncias aplicava-se a regra ***Periculum Est Locatoris***, isto é, o risco onerava o locador. Isto significa que era o locador que ia sofrer as consequências da situação fortuita pois o locatário ficava libertado da obrigação de pagar a *merces* a partir do momento em que a *res* perecesse. O locatário só tinha a obrigação de pagar a *merces* pelo tempo em que teve o uso da rés. A locação **caducava** no momento da destruição, tal como se tivesse decorrido o prazo contratual. O direito do locatário era um puro direito de crédito, isto é, direito a uma prestação, a um comportamento do locador não tendo qualquer direito imediato sobre a *res*, isto é, um direito real. Em consequência disto, se o locador vendesse a *res* a um terceiro, este podia, livremente, despejar o locatário e a este último mais não restava do que pedir uma indemnização pelos danos que sofresse ao locador. Esta regra ficou conhecida como ***Emptio Tollit Locatum*** (compra – tolher/quebrar – locação -> a compra coloca obstáculo/ rompe a locação);

- **Tutela das partes**: para tutelar o locador, era-lhe concedida a ***Actio Locati*** através da qual podia demandar (exigir) o locatário se não cumprisse as suas obrigações. Já para tutela do locatário, era-lhe disponibilizada a ***Actio Conducti***, através da qual podia demandar o locador.

- Locação de trabalho:

- Esta locação era um contrato consensual, bilateral ou sinalagmático e de boa-fé, através do qual o locador se obrigava a por à disposição do locatário, o *conductor*, a sua **atividade laboral**, obrigando-se o locatário, em contrapartida, a pagar-lhe uma merces;

- **Elementos essenciais**:

- ***Consensus*** - acordo de vontades das partes que gerava para elas obrigações;

- **Objeto -** atividade laboral que o locador se obrigava a prestar;

- ***Merces*** - contraprestação devida pelo locatário pelo trabalho que o locador lhe prestou, devia consistir numa quantia monetária;

- **Tempo** - a atividade laboral do locador devia ser prestada durante o tempo acordado pelas partes;

- A locação de trabalho extinguia-se com a morte do locador, pois era a sua **atividade laboral pessoal que era objeto de contrato**. Já se fosse o locatário a morrer, o contrato continuava e o trabalho seria prestado aos seus herdeiros que continuavam obrigados a pagar a *merces*. Se o locador adoecesse ficava desobrigado de prestar o trabalho, mas o locatário também ficava desobrigado de pagar a *merces* durante a doença;

- **Tutela das partes**: o locador podia exercer contra o locatário a ***Actio Locati*** se não lhe fosse paga a *merces*. Já o locatário podia exercer a ***Actio Conducti*** quando o locador não prestasse o trabalho.

- **Locação de obra**:

- A locação de obra era um contrato consensual, bilateral ou sinalagmático e de boa-fé, através do qual o locador tinha a obrigação de entregar determinada *res* ao locatário para que este realizasse uma **determinada obra**. O locador tinha ainda a obrigação de pagar ao locatário uma *merces* pela realização da obra.

- **Elementos essenciais**:

- ***Consensus*** - acordo das partes;

- **Objeto -** *res* que o locador entregava ao locatário para que este realizasse uma obra;

- ***Merces* -** era a contraprestação devida pelo locador ao locatário pela realização da obra;

- **Tempo** - a obra devia ser realizada pelo locatário dentro do tempo fixado pelas partes;

- Ao passo que na locação de trabalho, o objeto do contrato era a atividade laboral do locador, isto é, a sua mão-de-obra, na locação de obra, o objeto é o **resultado do trabalho do locatário e não propriamente a sua atividade em si**. Consequência disto é que na locação de trabalho tinha de ser o próprio locador a prestar a atividade, enquanto na locação de obra era **indiferente que a obra fosse executada pelo próprio locatário ou por terceiros**, por exemplo, os seus operários a menos que o contrato tivesse em vista as qualidades técnicas da pessoa do locatário. Se os materiais disponibilizados para executar a obra fossem de quem a vai executar não havia locação de obra, havia de compra e venda.

- **Tutela das partes**: se a obra não fosse executada, o locador podia exercer contra o locatário a ***Actio Locati***. Se a merces não fosse paga o locatário podia demandar o locador através da ***Actio Conducti***.

Contrato de Sociedade - (*societas*)

– A sociedade era um contrato consensual, bilateral ou sinalagmático e de boa-fé através do qual duas ou mais pessoas, os ***socius*** (***socii***), se obrigavam reciprocamente a por em comum coisas ou trabalho, ou ambos com o objetivo de alcançar um fim patrimonial comum;

- **Elementos essenciais do contrato de sociedade**:

- **Consensus** - acordo de vontades dos sócios no qual a assentava o contrato; tal acordo devia ser contínuo, pois só havia sociedade enquanto ele existisse. Se desaparecesse a vontade de um dos sócios, terminava a sociedade. Essa ideia de acordo contínuo dos sócios é traduzida pela expressão: *Affectio/ animus societatis*;

- **Objeto** - tratava-se daquilo com que os sócios se obrigavam a participar, ou seja, a contribuir para a persecução dos fins da sociedade, este podia consistir em *res* (coisas – sociedades *rerum*), em *operae* (trabalho – sociedades *operarum*) e podia ainda consistir em *res* + *operae* (coisas + trabalho – sociedades *mixtae*/mistas);

- **Finalidade** - ao se obrigarem a colocar em comum coisas, trabalho ou ambos, os sócios visavam obter uma vantagem comum de índole patrimonial. Deste modo, não produzia efeitos o contrato de sociedade que reservava para uns sócios os ganhos e para outros sócios as perdas, a chamada ***societas leonina*** – **pacto leonino**; diferente da *societas leonina* e, por isso, admitida pelo direito romano era uma diferente repartição de perdas e ganhos entre sócios, embora se nada fosse acordado pelos sócios entendia-se que os ganhos e as perdas seriam repartidos em partes iguais;

- **Obrigações dos sócios**:

- Contribuir com as coisas ou com a atividade laboral conforme tivesse sido acordado no contrato de sociedade;

- Responder pela evicção (ser-se privado da *res*) das coisas que tenha levado para a sociedade;

- Responder por vícios ocultos da rés;

- Gerir os negócios da sociedade segundo os fins desta;

- Reembolsar os outros sócios pelas despesas que tenha tido com a gestão da sociedade;

- Indemnizar danos que os sócios tivessem sofrido com a gestão da sociedade;

- No DR, ao contrário do direito atual, o contrato de sociedade **não criava uma pessoa jurídica diferente dos sócios**, por isso, não haviam relações obrigacionais entre a sociedade e terceiros mas apenas direitos e obrigações entre cada sócio e terceiros. Assim, se um sócio celebrasse um contrato com um terceiro a relação obrigacional era entre eles, isto é, entre o sócio e o terceiro nada tendo a ver com os restantes sócios. Claro que isto não prejudicava a obrigação de o sócio interveniente no contrato prestar contas disso aos outros sócios. Já se todos os sócios celebrassem um contrato com um terceiro a relação obrigacional era assumida proporcionalmente por cada um dos sócios (ou seja, cada um ficava com a sua proporção), portanto, cada sócio apenas teria de responder pela sua parte da divida. A

responsabilidade dos sócios só não seria proporcional se no contrato de sociedade se estabelecesse uma **responsabilidade solidária**, pois aí o terceiro podia responsabilizar qualquer um dos sócios pela totalidade da dívida, isto sem prejuízo do chamado direito de regresso do sócio, que podia pedir aos outros sócios a sua parte na divida.

- Tutela dos sócios: quando algum sócio não cumprisse as suas obrigações, os restantes sócios podiam responsabilizá-lo através do exercício da ***actio pro socio***. O contrato de sociedade extinguia-se devido ao decurso do prazo acordado pelas partes ou quando se realizasse a finalidade pretendida pelos sócios. Contudo, a sociedade era um contrato que assentava numa relação de confiança e de fraternidade (*fraternitas*) entre os sócios e, por isso, atendendo a essa ***fraternitas*** o contrato de sociedade também se extinguia nas seguintes situações:

i. Pela renúncia de um dos sócios;
ii. Pela morte de um dos sócios;
iii. Pela má situação económica de um dos sócios;
iv. Devido ao exercício da *actio pro socio*;

Mandato (*mandatum*)

- **Noção** – o mandato era um contrato consensual, bilateral <u>imperfeito</u> e de boa-fé através do qual uma pessoa, o mandante, encarregava outra pessoa, o mandatário, de realizar uma atividade no interesse do mandante, no interesse de um terceiro ou até no interesse destes e do mandatário. A atividade que o mandatário se obrigava a realizar era gratuita e, por isso, o mandatário não recebia qualquer remuneração.

- **Elementos constitutivos**:

- **Consenso** – *consensus* - acordo de vontades das partes pelo qual o mandatário se obrigava a realizar gratuitamente uma atividade);

- **Objeto** – *objecto* - é a atividade que o mandatário se obrigava a realizar e que devia ser lícita e determinada, além de gratuita; obedecendo a estes requisitos qualquer atividade podia ser objeto de mandato;

- **Finalidade** - a realização da atividade a que o mandatário se obrigou se devia ser no interesse, ou seja, devia satisfazer um interesse do mandante ou um interesse de uma terceira pessoa, podia ainda satisfazer interesses do mandante, do terceiro e do mandatário, mas não haveria mandato se a atividade do mandatário satisfizesse apenas interesses do próprio mandatário, pois aí estaria presente um mero conselho;

- Obrigações do mandatário:

- Realizar a atividade de acordo com as instruções que lhe fossem dadas pelo mandante ou, na falta destas instruções, segundo a natureza da atividade;

- Prestar contas da sua atividade ao mandante, nomeadamente, se dessa atividade resultassem direitos perante terceiros, o mandatário devia transmitir ao mandante as correspondentes ações;

- **Obrigações do mandante (*mandantem*):**

- Reembolsar o mandatário por despesas que tenha feito com a execução do mandato e indemnizar o mandatário por danos que tenha sofrido com essa execução;

- Relações com terceiros: a relação jurídica derivada do contrato de mandato era estranha a terceiros, o que significa que se o mandatário, ao realizar a atividade a que foi encarregado assumisse direitos e obrigações com um terceiro, o mandatário e o terceiro apenas se podiam responsabilizar um ao outro, demandando-se mutuamente. **Entre o mandante e o terceiro não havia qualquer vínculo.** Todavia, o pretor, atendendo às realidades concretas da vida social foi afastando este resultado concedendo ao mandante e ao terceiro ações úteis que permitiam que eles se pudessem demandar mutuamente de forma direta. Tratava-se, como é óbvio, de ações úteis (análogas à *actio institoria*) que estenderam ao contrato de mandato certas ações previstas no ordenamento jurídico romano que permitiam a responsabilização de terceiros.

- Tutela das partes: ao mandante era concedida a ***actio mandati*** para responsabilizar o mandatário que não cumprisse as suas obrigações. Por sua vez, ao mandatário, era concedida uma ***actio mandati contraria*** para exigir ao mandante o pagamento dos gastos que fez com a execução do mandato ou a indemnização dos danos que o mandato lhe causou;

Contratos Formais

– Eram aqueles que **só eram válidos se observassem uma certa forma exigida pelo ordenamento jurídico**. Dentro dos contratos formais distinguem-se os **contratos verbais** e os **contratos literais**.

- Nos **contratos verbais**, a vontade das partes tinha de se manifestar através de palavras solenes proferidas oralmente segundo as solenidades previstas pelo *ius civile*.

- Os **contratos literais** eram aqueles cujo acordo de vontades tinham de ser manifestados através da redação de um documento escrito.

- **Contratos verbais – referência à *stipulatio*:**

- Era um contrato verbal de direito estrito composto por uma pergunta do *stipulator* e por uma resposta do *promissor*. Da união da pergunta e da resposta nascia uma obrigação para o *promissor*. O *stipulator* perguntava "prometes dar X ou prometes fazer X?" e o *promissor* respondia "Prometo.";

- A *stipulatio* era um contrato sujeito a uma fórmula. Esta fórmula era composta por certas palavras (fixadas pelo *ius civile*) e que foram sendo gradualmente dispensadas;

- Era um contrato que tinha de ser celebrado oralmente e, por isso, não podia ser celebrado por um mudo (que naturalmente não podiam pronunciar as palavras), por um surdo (como não ouvia não podia responder), por uma criança (cuja capacidade era ainda inferior para compreender perfeitamente) ou por ausentes;

- O direito romano, ao contrário do direito atual, apenas conhecia um número limitado de contratos, ou seja, aqueles que constituíam as quatro categorias de contratos reais, verbais, literais e consensuais. Mas pela abstração (a causa do contrato não tinha de ser conhecida, podendo ser este utlizado para fins variados) da *stipulatio* este contrato permitia atingir finalidades económico-sociais que os contratos pré-fixados no *ius civile* não permitiam alcançar;

- Assim, a *stipulatio* apresentava certas caraterísticas:

- **Solenidade** (contrato solene uma vez que na sua celebração convocava-se os deuses);

- **Formalidade** (era um contrato sujeito a uma fórmula, esta era composta por certas palavras fixadas no *ius civile* e que foram sendo, gradualmente, dispensadas);

- **Oralidade** (por ser um contrato que tinha de ser celebrado oralmente, não podia ser celebrado por mudos, surdos, crianças e ausentes);

- **Abstração** (por ser um contrato abstrato, a sua causa, ou seja, o fim económico ou social não era conhecido podendo ser usada para variados fins);

Pactos

– Os **acordos de vontades que não fossem contratos**, pois não cabiam nas categorias dos contratos reais, verbais, literais e consensuais, eram meros pactos. Ora, ao contrário dos contratos que eram fonte de obrigações, os pactos não geravam obrigações e, por isso, **não eram protegidos por ações**, o DR apenas o estruturou através de exceções. Assim, a celebração de um pacto apenas permitia a defesa por via de exceção. Por exemplo, num pacto de não pedir, se as partes de um contrato também tivessem celebrado um pacto através do qual o credor se comprometia a não exigir a divida, o devedor podia invocar esse pacto a título de exceção se o credor acabasse por exigir o cumprimento e, com isso, paralisava a pretensão do credor.

- Só os pactos celebrados ao mesmo tempo e acessoriamente aos contratos de boa-fé **permitiam ao juiz conhecer o pacto na respetiva ação de boa-fé** como elemento do contrato celebrado. Só aí, nas ações de boa-fé, podia o demandante invocar o pacto como fundamento da sua pretensão.

Contratos inominados

- Perante a rígida tipificação dos contratos presentes no *ius civile,* foi sendo concedida proteção jurídica a determinados acordos de vontades em que uma das partes tinha realizado a prestação a que se obrigara. Eram os chamados contratos inominados. Para se estar perante

um contrato inominado e tutelar-se esse acordo de vontades, tinham de estar presentes dois elementos:

- C*onventio* - um acordo de vontades das partes em que cada uma se obriga perante a outra a dar ou fazer alguma coisa. Distinguiam-se os seguintes acordos: dou para que dês, dou para que faças, faço para que dês e faço para que faças; ao acordo das partes, tinha de acrescer a **execução de uma das prestações** (comportamento exigido pela obrigação). Verificados estes dois elementos, era conferida a estes acordos tutela jurídica tratando-se verdadeiros contratos.

- **Tutela dos contratos inominados -** a parte que realizou a prestação a que se obrigara era inicialmente tutelada pela chamada *condictio causa data causa non secuta,* que lhe permitia exigir à outra parte a restituição daquilo que tinha prestado ou o equivalente num valor pecuniário. Contudo, esta solução foi sendo considerada pouco satisfatória e avançou-se no sentido de a parte que cumpriu poder exigir à outra parte que também cumprisse aquilo a que se tinha comprometido. Assim, no direito justinianeu concedeu-se uma ação de caráter geral que permitia exigir à outra parte a realização da sua prestação, a chamada *actio praescriptis verbis*, ou seja, a ação de palavras prescritas que tutelava todos os contratos inominados. Alguns dos acordos tutelados como contratos inominados eram tão frequentes que acabaram por ter uma denominação e disciplinas próprias: a **permuta (*permutatio*)**, o **contrato estimatório *(aestimatum*)**, o **precário** e a **transação**.

Permuta (*permutatio)*

– Era o contrato, através do qual, uma pessoa dava (*datio* – transferência de propriedade) uma *res* a outra pessoa para que esta também lhe desse uma *res*. Este era um contrato do tipo dou para que dês.

- Para a escola sabiniana esta figura identificava-se com a compra e venda, mas para a escola Proculeiana era um contrato distinto, pois se assim não fosse acabava por ser impossível saber qual das *res* constituíam o preço. Assim, para os proculeianos só quando o preço fosse em dinheiro haveria compra e venda afastando-se da permuta (no contrato *emptio venditio* o preço teria de consistir numa quantia pecuniária). Esta posição proculeiana foi a que prevaleceu e, por isso, distingue-se entre compra e venda e permuta.

- A permuta era um contrato real, pois apenas estava perfeito com a primeira *datio,* por isso era necessário que a *res*, objeto de permuta, fosse propriedade das partes, o que não acontecia na compra e venda, na qual o vendedor tinha apenas a obrigação de transferir para o comprador a possa livre e pacífica da *res*, sendo válida a compra e venda de coisa alheia. Quando uma das partes realizasse a *datio* já podia exigir à outra que também realizasse a *datio* a que se obrigara e para isso dispunha como meio tutelar da *actio praescriptis verbis.*

Contrato Estimatório (*aestimatum)*

– Era outro contrato inominado através do qual uma pessoa, o chamado *tradens* entregava a *res* para outra pessoa, o chamado *accipiens*, para que o último vendesse a *res* pelo valor que ambas acordassem, obrigando-se o *accipiens* a, num prazo determinado, pagar o valor das *res* vendidas, ou restituir as *res* que não conseguisse vender. O *accipiens* podia vender

as coisas por um valor mais alto do que o acordado com o *tradens*, podendo fazer sua a diferença. Era um contrato real pois os seus efeitos jurídicos começavam quando as *res* fossem entregues ao *accipiens*.

Precário

– Era um contrato inominado pelo qual uma pessoa, o chamado *precario dans,* concedia gratuitamente a outra pessoa, o chamado *precarista*, o uso de uma *res* ou o exercício de um direito a pedido do *precarista*. O *precario dans* tinha a faculdade de a qualquer momento revogar a concessão, nomeadamente exigindo a restituição imediata da *res*. O precário é uma figura que se aproxima do comodato porque permite o uso gratuito de uma *res* alheia, mas dele afasta-se porque o concedente pode revogar a qualquer momento a concessão exigindo a restituição da *res*. Também, não se confunde com a locação de coisa, porque ao contrário desta, era uma concessão gratuita e que podia terminar por mero arbítrio do concedente. O *precarista* era um mero detentor e a posse da *res* era do concedente. Assim, para exigir a restituição da *res* a qualquer momento o concedente dispunha, numa primeira fase, do chamado *interdictum quod precario*. Todavia, uma vez que a figura do precário acabou por ser incluída na disciplina dos contratos inominados e a ser tratada como tal, os direitos do concedente passaram a ser tutelados pela *actio praescriptis verbis*.

Transação

– Trata-se de um contrato inominado através do qual as partes põe fim ou evitam um litígio mediante recíprocas concessões. Havia limites à celebração do contrato de transação: **(primeiro)** não se admitiam a transação depois de proferida uma sentença sobre o litígio e **(segundo)** não se admitiam transações quando os litígios fossem sobre dívidas de alimentos estabelecidas por testamento.

Delitos

- O delito era outra fonte das obrigações e consistia num ato ilícito, isto é, contrário ao ordenamento jurídico e que era sancionado com uma pena. Os delitos eram fonte das obrigações porque geravam para o seu autor a obrigação de pagar à vítima uma pena.

- Os delitos podiam ser **públicos** ou **privados**.

- Os **delitos públicos** eram aqueles que ofendiam a comunidade romana e designavam-se ''crimes". Eram punidos com penas pecuniárias ou com penas corporais, como a morte, trabalhos forçados, mutilações, exilio, entre outros. É matéria de direito público romano. Os **delitos privados** eram aqueles que ofendiam um individuo e eram punidos com uma pena pecuniária a ser paga à vitima. Portanto, o autor tinha a obrigação de pagar a pena pecuniária á vítima do delito.

- O *ius civile* de Roma previu 4 delitos que assumiram especial importância: o ***furtum*** (o furto), a ***rapina*** (roubo), a ***uniuria*** (injuria) e o ***damnum uniuria datum*** (dano causado com injuria);

Furto

- Segundo o jurisconsulto clássico, Paulos, o furto consistia num apoderamento fraudulento cometido para se obter um lucro, uma coisa, o uso de uma coisa ou a posse de uma coisa;

- Requer a existência de dois elementos:

- **Elemento objetivo** (*contrectatio rei* – conduta levada a cabo pelo autor do furto e que podia consistir num de três comportamentos): ***ablatio*** (trata-se da subtração de uma *res* corpórea móvel que se encontra no património na posse ou na mera detenção de outra pessoa*),* ***furtumusus*** (trata-se do uso ilícito de coisa alheia - exemplo: o depositário, que usava a *res*, que lhe foi entregue para guarda; o comodatário, que usava a coisa emprestada para finalidades diferentes daquelas que tivessem sido acordadas com o comodante, com a evidente exceção de um deposito irregular pois ai o depositário tornava-se proprietário das coisas fungíveis que lhe foram entregues e podia usa-las) e o ***furtum possessionis*** (consiste na tomada indevida da posse de uma *res* e que pode ser cometido pelo proprietário da *res* quando a posse pertencer licitamente a outra pessoa -> exemplos: o devedor que entregou em penhor uma *res* ao seu credor e que se apodera da *res* antes de estar cumprida a obrigação principal; o detentor como o depositário e o comodatário que se recusavam a restituir a *res* ao proprietário e começavam a possui-la como se fosse própria; o proprietário que se apropriava de uma res que o credor retinha legitimamente ao abrigo de um direito de retenção)*;*
- **Elemento subjetivo** (*animus furandi*) – para se cometer furto era necessário que a *contrectatio rei* fosse realizada com a intenção de lesar outra pessoa

- Modalidades de furto quanto à pena aplicada ao ladrão:

- **Furto Manifesto (*furtum manifestum*)** – o furto era manifesto quando o ladrão era surpreendido a praticar o furto. Inicialmente, o furto manifesto era punido com penas extremamente cruéis como açoites e para os escravos, o despenhamento a partir da rocha tarpeia. Já na época clássica, era aplicado como pena o pagamento do quadruplo do valor da *res*.

- **Furto Não Manifesto (*furtum nec manifestum*)** – o furto era não manifesto quando o autor não era surpreendido a praticá-lo. Desde a "lei das 12 Tábuas" do século V a.C. o furto não manifesto foi punido com uma pena pecuniária de valor equivalente ao dobro do valor da *res* furtada.

- A diferença das penas do furto manifesto e não manifesto, residia num maior alarme social da atuação do autor do furto manifesto.

- **Tutela da vítima**: para exigir o pagamento da pena pecuniária, a vítima do furto dispunha contra o ladrão da *actio furti*. Seria uma *actio furti manifesti* quando o furto era manifesto e uma *actio furti nec manifesti* quando não manifesto. A *actio furti* era cumulável com outras ações que permitiam exigir a restituição da *res* como a *rei vindicatio* e a *condictio furtiva*.

Rapina (roubo)

- É o delito que consiste na subtração de uma *res* alheia através de violência. Com isto, a rapina distinguia-se do furto que não envolvia violência. A vítima de rapina era tutelada pela *actio vi bonorum raptorum.*

***Iniuria* (injúria)** – um movimento de injúria que consiste na ofensa da integridade física ou moral de uma pessoa. Exemplo de ofensa à integridade física são as mutilações, fraturas ou outras agressões físicas de menor importância. Já no que toca à integridade moral temos como exemplos vociferar contra alguém ofendendo os bons costumes ou a difamação. Como tutela de vítima de injúria temos a *actio iniuriarum.*

Dano causado com Injúria (*damnum iniuria datum*) – o dano causado com injúria era um delito que consistia na produção culposa de um dano em coisa alheia. Foi disciplinado pela *lex aquilia de damno,* um plebiscito votado em 287 a.C. Já havia anteriormente certas ações concedidas para indemnizar determinados danos causados em coisas alheias. Mas foi a *lex aquilia* que concedeu uma proteção genérica aos proprietários que sofressem prejuízos nas suas coisas. Essa tutela foi concretizada da *actio legis aquiliae*. A ***lex aquilia*** continha três capítulos dos quais nos interessam o primeiro e o terceiro.

- O **primeiro capítulo**: se alguém matasse um escravo ou um animal quadrupede alheios, o autor estava obrigado a pagar ao lesado o maior valor que o escravo ou o animal tivessem atingido durante o ano anterior à sua morte. Os animais quadrupedes abrangidos por este capítulo eram os que pertencessem ao gado doméstico como, por exemplo, ovelhas, cabras, bois, cavalos e burros.

- O **terceiro capítulo**: se alguém incendiasse, fraturasse ou por qualquer forma deteriorasse uma coisa alheia animada ou inanimada, o autor tinha a obrigação de o indemnizar (tornar *indem*) pagando-lhe o maior valor que a *res* tivesse atingido nos últimos trinta dias.

- Requisitos para haver dano causado por injúria:

1. O dano devia decorrer de um comportamento antijurídico (portanto, uma injúria);
2. O dano devia ser causado através de um contacto material direto do autor sobre a coisa (*corpore corpori*);
3. Para haver dano causado com injúria, o autor tinha de atuar com culpa, fosse com dolo (intenção de causar o dano) ou com negligência (falta de cuidado). O autor que provocou o dano com negligência não tinha a intenção de o provocar, mas fê-lo porque foi pouco cuidadoso, foi leviano e não usou o cuidado que uma pessoa normal deve usar;

- O âmbito da *lex aquilia* acabou por ser considerado muito restrito por não tutelar diversas situações da vida social em que eram sofridos danos que mereciam a proteção do direito. Por isso, a *iurisprudentia* acabou por sugerir ao pretor a extensão da tutela da *lex aquilia*

a situações que a própria *lex aquilia* não previa. Assim, foram concedidas ações do pretor (*actiones praetoriae*) que tutelavam os seguintes casos que o *ius civile* não previa:

1. Foi estendida a proteção aquiliana aos danos não provocados diretamente por uma aação corpórea do autor, isto é, os danos não causados c*orpore corpori c*omo, por exemplo, libertar o animal da jaula ou atrair um escravo para um compartimento onde era encarcerado e acaba por morrer de fome;
2. Também foi estendida a tutela da *lex aquilia* aos danos causados a quem não era proprietário, mas tinha um direito sobre a rés, como o usufrutuário, o possuidor da boa-fé e o credor pignoratício;
3. Também passaram a ser objeto da tutela aquiliana os danos resultantes de lesões corporais sofridas por pessoas livres.

- Para concluir, o dano causado com injúria está na origem direta da atual responsabilidade civil extracontratual, também conhecida por responsabilidade delitual ou responsabilidade aquiliana, prevista nos artigos 483º e seguintes do Código Civil e que é uma das mais importantes fontes das obrigações.

Garantias das obrigações

- Como estamos recordados, uma obrigação é um vínculo jurídico através do qual uma pessoa, o devedor, fica adstrito perante outra pessoa, o credor, a realizar um determinado comportamento, dito prestação. Como é evidente, o credor tem sempre um risco, o do não cumprimento, isto é, o risco de o devedor não se comportar conforme se tinha vinculado, ou seja, não realizar a prestação. É neste ponto que surge as garantias das obrigações. Assim, uma garantia das obrigações é constituída para assegurar ao credor que a obrigação será cumprida reforçando-se a sua expetativa do cumprimento. As garantias das obrigações podem ser de duas espécies: **garantias pessoais** e **garantias reais**.

- As **garantias pessoais das obrigações** vão traduzir-se em uma **terceira pessoa** assumir perante o credor uma obrigação de que a obrigação principal, ou obrigação garantida será cumprida (passam a existir duas obrigações).

- Já as **garantias reais das obrigações** são constituídas para assegurar ao credor que a prestação será realizada **atribuindo-lhe um direito sobre uma *res*** que lhe permitirá satisfazer o seu crédito se o devedor não realizar a prestação. A coisa sobre a qual incidirá a garantia real pode ser do devedor ou de um terceiro.

- Três garantias pessoais do DR: *sponsio, fidepromissio* e *fideiussio;*

- Três garantias reais das obrigações: *fiducia cum creditore*, penhor e hipoteca;

- Através das garantias pessoais, uma terceira pessoa, o garante, vai se obrigar perante o credor da obrigação principal assegurando-lhe que esta será cumprida.

Garantias pessoais do Direito Romano:

Sponsio – era uma promessa solene e exclusiva dos cidadãos romanos, só podia ser estabelecida entre cidadãos romanos. A *sponsio* era constituída do seguinte modo: o credor perguntava ao garante, o chamado *sponsor: "idem dar spondes?"* (Prometes dar o mesmo?) e o

garante respondia "*spondeo"* (Prometo.) deste modo, o garante, o *sponsor*, obrigava-se perante o credor a realizar a mesma prestação a que o devedor principal se tinha vinculado. A sponsio apenas garantia obrigações verbais, isto é, obrigações que se tinham de constituir por palavras proferidas oralmente, por exemplo, obrigações nascidas de uma *stipulatio*.

- A obrigação gerada pela sponsio para o garante não era acessória da obrigação principal, isto é, não estava subordinada a ela. Deste modo, se a obrigação principal fosse ineficaz, isso não afetava a *sponsio* e o *sponsor* não deixava de estar obrigado, perante o credor.

- A sponsio tinha carácter solidário e não subsidiário, isto significa que o credor podia exigir o cumprimento ao *sponsor* sem que primeiro o tivesse de exigir ao devedor principal. O credor podia escolher aquele a quem podia pedir o cumprimento.

- A sponsio manteve-se na Época clássica, mas foi progressivamente desaparecendo e no direito justinianeu já se utilizava apenas a *Fideiussio*.

***Fidepromissio* -** tratava-se de uma promessa solene na qual se invocava a deusa Fides. Esta era utilizada para garantir obrigações constituídas verbalmente, isto é, que tinham de ser constituídas através de palavras proferidas oralmente segundo fórmulas do *ius civile* e que fossem também constituídas entre cidadãos e peregrinos. Era este o seu traço distintivo face ao *sponsio*. Em tudo o resto, o seu regime era igual ao da sponsio, pelo que, como esta, foi também caindo em desuso, em favor da fideiussio.

***Fideiussi*o –** raiz histórica da atual fiança. A fideiussio era uma garantia pessoal das obrigações acessível a cidadãos e a peregrinos. Também se constituía através de uma pergunta e de uma resposta. O credor perguntava: *'Idem fide tua esse iubes?*' ('Consentes garantir o mesmo?'). O garante, denominado *fideiussor*, respondia: '– *Fideiubeo*.' ('Consinto.');

- Ao contrário da *sponsio* e da *fidepromissio* (que garantiam apenas contratos verbais), a *fideiussio* garantia qualquer tipo de obrigação;

- A obrigação resultante da *fideiussio* para o garante tinha caráter acessório e, por isso, estava subordinada à obrigação principal. Assim, a obrigação do *fideiussor* não podia ser maior ou mais gravosa do que a obrigação principal e, além disso, se a obrigação principal fosse ineficaz a *fideiussio* também o era. **Exemplo**: Se a obrigação principal fosse ineficaz (A-B), também o era a *fideiussio* (C-B) ao contrário do que sucedia na *sponsio*.

- A responsabilidade do *fideiussor* era solidária e, por isso, o credor podia exigir o cumprimento da obrigação ao devedor principal ou ao *fideiussor*. Por outras palavras, o credor podia escolher aquele a quem exigiria o cumprimento. Todavia, o Imperador Justiniano, através de uma constituição imperial de 535, estabeleceu que a responsabilidade do *fideiussor* passava a ser subsidiária. Isto significa que o *fideiussor* podia exigir ao credor que primeiro responsabilizasse pela obrigação o devedor principal. Isto denomina-se benefício da excussão ou benefício da ordem. **Exemplo**: C, *fideiussor*, podia exigir a B, o credor, que responsabilizasse primeiramente A, o devedor principal.

Garantias reais das obrigações:

***Fiducia cum creditore* –** era um contrato real em que o garante, o chamado *fiduciante*, transferia a propriedade de uma *res* para o credor, que assim se tornava fiduciário, com a finalidade de garantir uma obrigação. Quando essa obrigação principal ou garantida fosse cumprida, o credor estava obrigado a restituir a *res* ao *fiduciante*.

A *fiducia cum creditore* era constituída por **dois elementos**: um **negócio solene** através do qual se transmitia a propriedade de uma *res*. Esse negócio solene podia ser uma *mancipatio* ou uma *in iure cessio*. Um **acordo chamado *pactum fiduciae***, em que as partes disciplinavam os modos de satisfação do credor e a obrigação da restituição da *res*.

- Se a obrigação principal **fosse** cumprida, o credor tinha a obrigação de restituir a *res* ao fiduciante, através de uma nova *mancipatatio* ou de uma nova in *iure cessio*. Se a obrigação de restituição não fosse cumprida, o *fiduciante* tinha à sua disposição, a *actio fiduciae*. Mas isto gerava um problema, uma vez que a *actio fiduciae* era uma *actio in personam*, através da qual só podia ser demandado o credor fiduciário (ver livros).

- Se a *res* tivesse sido atribuída a terceiros pelo credor fiduciário (pois podia fazê-lo enquanto seu proprietário), havia o risco do garante não recuperar mais a *res*. Para impedir esses inconvenientes, foram criados o penhor e a hipoteca, que não transmitiam para o credor a propriedade da *res*.

- Se a obrigação principal **não fosse cumprida**, nessa hipótese o credor conservava a propriedade da *res*, não a restituindo, era a chamada a *Lex commissoria*. No entanto, as partes podiam acordar no *pactum fiduciae*, que o credor satisfaria o seu direito de crédito, vendendo a *res* e fazendo sua a parte do preço obtida necessária para satisfação da divida. Se o preço obtido fosse superior ao valor da divida garantida, a diferença o chamado *superfluum*, era atribuída ao garante. A isto chama-se *pactum* de vendendo. Este *pactum* de vendendo era tão frequente que deixou de ser necessária, a sua celebração, considerando-se que o direito de vender a res era um efeito natural da fiducia.

Penhor (*pignus*)

- Através de um contrato real, que já referimos, o garante que podia ser o próprio devedor ou um terceiro, entregava uma *res* ao credor para lhe assegurar que a obrigação principal seria cumprida.

- Ao contrário do que se passava na *fiducia cum creditore* (contrato fidúcia), não era transmitida ao credor a propriedade da *res*, apenas lhe sendo entregue a mera detenção. Se a obrigação principal ou obrigação garantida não fosse cumprida as partes serviam-se de certos acordos para disciplinar os modos de satisfação do direito do credor.

- Eram dois os acordos para satisfazer o credor:

- ***Lex Comissoria***: através deste acordo as partes estabeleciam que o credor tinha o direito de se tornar proprietário da *res*, se a obrigação não fosse cumprida.

- *Pactum de vendendo*: este acordo autorizava o credor a vender a *res* satisfazendo o seu crédito com o preço assim obtido. Se esse preço fosse superior ao valor da dívida devia ser restituído ao garante, o excedente (o *superfluum*).

- Também aqui o recurso ao *pactum de vendendo* era tão frequente que passou a ser desnecessária a sua celebração, ou seja, entendia-se que no silêncio das partes, o credor tinha apenas o direito de vender a *res* e pagar-se através do preço obtido.

- **Características do penhor**:

Acessoriedade: a existência e validade do penhor dependiam da existência e validade da obrigação principal e o garante, ou seja, aquele que entregou a res tinha os mesmos meios de defesa do devedor principal.

Indivisibilidade: o cumprimento parcial ou a extinção parcial da obrigação garantida não implicavam a extinção do penhor que se mantinha inteiramente quanto ao restante da divida.

- **Tutela do penhor:**

- Se a obrigação principal se extinguisse o credor estava obrigado a restituir a *res*.

-Se não cumprisse essa obrigação de restituição, o garante podia demandá-lo, através da *actio pigneraticia*. O garante tinha à sua disposição contra o credor a *actio pigneraticia contrária*, pois o penhor era um contrato bilateral imperfeito e, dele, podiam, eventualmente, surgir obrigações para quem entregou a *res*.

- Apesar de ser um mero detentor atribuía-se ao credor pignoratício, meios processuais que lhe permitiam recuperar a coisa se ela fosse esbulhada, nomeadamente os *interdicta* de defesa da posse.

- Já o credor pignoratício, isto é, o credor que recebeu a *res* para lhe ser assegurado o cumprimento de uma obrigação, tinha como meio de tutela a *actio pigneraticia contrária,* pois o penhor era um contrato bilateral imperfeito e, dele, podiam eventualmente surgir obrigações para quem entregou a *res*. Assim, o credor pignoratício podia exercer a *actio pigneraticia contrária* para exigir ao garante o reembolso de despesas que tivesse feito com a conservação da *res* ou a indemnização dos danos que a *res* lhe tivesse causado. O credor pignoratício tinha ainda à sua disposição o direito de retenção, o *ius retentionis*, que lhe permitia não restituir a *res* entregue em penhor até lhe serem reembolsados as despesas ou indemnizados os danos.

- Como era o credor pignoratício que tinha o principal interesse na conservação da *res* e apesar de não ser possuidor, foram-lhe concedidos os *interdicta*.

Hipoteca

- A hipoteca era outra garantia real das obrigações e que consistia na especial afetação de uma *res* do devedor ou de terceiro, de forma a assegurar ao credor que uma obrigação lhe seria cumprida, pois, em caso de não cumprimento, o credor tinha o direito de vender a *res*. Todavia, ao contrário da *fiducia concreditoria* e do credor, a hipoteca não implicava a transferência da *res* para o credor, pois não lhe era transferida a sua propriedade, posse ou sequer mera detenção. Assim, a *res*, objeto da hipoteca, não ficava fisicamente afetada ao cumprimento da obrigação, mas apenas juridicamente afetada. O facto de a hipoteca não implicar uma transferência da *res* para o domínio do credor, permitia uma vantagem que as outras garantias reais não tinham, pois, a mesma *res* podia ser afetada para o cumprimento de várias obrigações. Por outras palavras, sobre a mesma *res* podiam recair várias hipotecas.

- Quando se verificasse uma pluralidade de obrigações, garantidas por hipotecas sobre a mesma *res*, valia a regra *prior in tempore potior in iure*, o que significa que o credor garantido com a hipoteca mais antiga tinha prioridade na satisfação do seu crédito à custa da coisa, objeto da hipoteca. Portanto, ao ser vendida a *res* para satisfazer as obrigações, o credor com a hipoteca mais antiga tinha prioridade sobre os outros credores hipotecários para se satisfazer através do preço alcançado. A regra *prior in tempore potior in iure*, apenas era afastada quando houvesse hipotecas privilegiadas.

- Caraterísticas da hipoteca: tal como o penhor, a hipoteca era **acessória** e **indivisível**. Era acessória porque tinha o mesmo destino jurídico da obrigação garantida. Assim, se a obrigação garantida fosse inválida ou ineficaz, também a hipoteca o era. E, portanto, o que não podia ser exigido ao devedor principal também não podia ser exigido ao garante que constituiu a hipoteca. A hipoteca era, também, indivisível pois a extinção parcial da obrigação garantida não a afetava. Isto significa que a hipoteca se mantinha integralmente nos mesmos termos para garantir o que restasse da obrigação principal.

FIM DA CADEIRA